

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÁSSIO BROGNOLI SELAU

**EMPREGADOS E DIARISTAS DOMÉSTICOS: UM ENQUADRAMENTO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

FLORIANÓPOLIS - SC

2015

CÁSSIO BROGNOLI SELAU

**EMPREGADOS E DIARISTAS DOMÉSTICOS: UM ENQUADRAMENTO À
LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Eduardo Antônio Temponi Lebre.

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, por absolutamente tudo.

Aos meus avós pelo incentivo, apoio material e por me incluírem em suas orações.

Aos meus pais e irmãos, pelo amor, carinho e suporte incondicionais à busca dos meus sonhos.

A minha namorada, Luísa, pelas horas de convívio desviadas para os fins acadêmicos e pelo reconfortante amor nos momentos difíceis.

Aos meus tios e primos residentes em Florianópolis, pelas orientações, amparo, infindáveis almoços e luz que deram ao meu caminho. Sempre soube que aqui havia um porto seguro.

Ao meu orientador, com quem minha parceria iniciou no longínquo ano de 2010, quando do meu ingresso nesta instituição, pela forte amizade e tempo de orientação.

Aos colegas de trabalho integrantes do Gabinete da Desembargadora do Trabalho Lília Leonor Abreu, do Tribunal do Trabalho da 12ª Região, por me proporcionar uma expansão na área de conhecimento do Direito do Trabalho, o que influenciou diretamente no desenvolvimento deste trabalho e por tornarem os meus dias de trabalho cheios de alegria e café.

Aos colegas de trabalho integrantes da 3ª Vara do Trabalho de Chapecó, pela efêmera, porém muito fraterna acolhida nos meus primeiros dias de trabalho na Justiça do Trabalho da 12ª Região, e também pelos esforços despendidos na realização da minha transferência para Florianópolis, sem a qual não estaria colando grau.

Aos colegas de trabalho integrantes do então Juizado Especial Federal Previdenciário, da subseção da Justiça Federal de Florianópolis, na qual fui estagiário, pelo afetuoso acolhimento e ensinamentos, os quais, sem dúvida, transgrediram as barreiras jurídicas.

Aos colegas de trabalho do Escritório de Advocacia Kravchychyn, onde também fui estagiário, então na 1ª fase do curso de Direito, pelas minhas primeiras lições práticas sobre direito e amizade que sempre guardarei.

Aos irmãos da república Los Siete, pela paciência para com a minha pessoa e irmandade construída. Jamais esquecerei os churrascos de quintal.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente viabilizaram a minha graduação.

As leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis.

Michel de Montaigne

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de estabelecer um regime de igualdade de direitos entre os empregados comuns, empregados domésticos e diaristas domésticos periódicos. Utilizar-se-á o método monográfico. A metodologia empregada é a dedutiva e a técnica é a documental indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica. Apresenta-se, inicialmente, os requisitos da relação de emprego comum, do emprego doméstico. Após, é feita a abordagem das especificidades que envolvem os diaristas domésticos. Nesta última parte buscou-se explicitar quais as diferenças apontadas pela doutrina e jurisprudência para justificar a sua desequiparação em relação às categorias anteriores. Feita essa digressão, objetivou-se verificar a possibilidade de enquadramento dos empregados domésticos e diaristas na categoria dos empregados comuns, tendo em vista o princípio da isonomia. O método de análise consistiu em aplicar as cinco regras criadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo constatado que a diferenciação entre as duas primeiras categorias estudadas podem potencialmente violar as segunda, terceira, quarta regras. Respectivamente, pode-se estar utilizando um critério desequiparador não residente nas pessoas desequiparadas, haver incongruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações e, por fim, impertinência constitucional. Dessarte, a desequiparação perpetrada seria injusta. Relativamente aos diaristas, a análise foi feita a respeito dos três binômios utilizados para operar a diferenciação em relação aos empregados domésticos: continuidade/eventualidade, autonomia/subordinação, exclusividade/não-exclusividade. Nesta segunda parte do capítulo final, chegou-se à conclusão de que a continuidade característica do vínculo de emprego dever ser vista como a periodicidade da relação. A subordinação é aparente quando se presta serviços nas dependências familiares, o que envolve, inclusive, grande fidúcia. A exclusividade trata-se de requisito não previsto em lei, assim, ilegítimo a basear os tratamentos diferenciados. Portanto, o enquadramento dos empregados domésticos e dos diaristas nos mesmo regime jurídico dos empregados comuns seria medida defensável ante o princípio da isonomia.

Palavras-chave: Empregados comuns. Empregados domésticos. Diaristas. Enquadramento. Princípio da isonomia.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 O VÍNCULO DE EMPREGO..... | 13 |
| 1.1 Caracterização do vínculo de emprego..... | 13 |
| 1.1.1 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego..... | 14 |
| 1.1.1.1 Trabalho por pessoa física..... | 14 |
| 1.1.1.2 Pessoaalidade..... | 15 |
| 1.1.1.3 Não-eventualidade..... | 16 |
| 1.1.1.4 Onerosidade..... | 18 |
| 1.1.1.5 Subordinação..... | 19 |
| 1.1.2 Elementos jurídico-formais da relação de emprego..... | 22 |
| 2 OS EMPREGADOS E DIARISTAS DOMÉSTICOS..... | 23 |
| 2.1 Breves delineamentos históricos..... | 23 |
| 2.2 Definição do contrato de trabalho doméstico..... | 25 |
| 2.2.1 Elementos fático-jurídicos especiais..... | 27 |
| 2.2.1.1 Não lucratividade dos serviços..... | 27 |
| 2.2.1.2 Prestação das atividades em âmbito pessoal ou familiar..... | 27 |
| 2.2.1.3 Residência como lugar da prestação dos serviços..... | 28 |
| 2.2.2 Especificidades concernentes aos elementos fático-jurídicos..... | 29 |

| | |
|--|----|
| 2.3 As recentes alterações normativas: Emenda Constitucional nº 72 de 2013 e Lei nº 12.964 de 2014..... | 31 |
| 2.4 O diarista doméstico..... | 35 |
| 2.4.1 Definição de diarista..... | 36 |
| 2.4.2 Precedentes judiciais..... | 41 |
| 3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE EMPREGADOS COMUNS E EMPREGADOS DOMÉSTICOS E DESTES EM RELAÇÃO AOS DIARISTAS: UMA POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA..... | 46 |
| 3.1 O mito das leis..... | 46 |
| 3.2 O conteúdo do princípio da isonomia..... | 51 |
| 3.3 O princípio da isonomia na seara juslaboral: uma contraposição de forças..... | 54 |
| 3.4 Violação ao princípio da isonomia na diferenciação entre os empregados domésticos e empregados comuns..... | 56 |
| 3.4.1 Regra 1: Singularização de um destinatário..... | 57 |
| 3.4.2 Regra 2: Utilização de critério discriminador que não reside nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas..... | 58 |
| 3.4.3 Regra 3: Congruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações..... | 59 |
| 3.4.4 Regra 4: Pertinência constitucional..... | 61 |
| 3.4.5 Regra 5: Distinção expressa pela norma..... | 65 |
| 3.5 Violação ao princípio da isonomia na diferenciação entre empregados domésticos e diaristas domésticos..... | 66 |
| 3.5.1 A continuidade X diarista doméstico: uma relação não tão aparente..... | 67 |
| 3.5.2 Limpa a minha casa e faz a minha comida e não é meu subordinado?..... | 70 |

| | |
|---|----|
| 3.5.3 Exclusividade: um subterfúgio para o não reconhecimento do vínculo empregatício..... | 70 |
| 3.5.4 Distinção entre diaristas domésticos e empregados domésticos: uma violação a preceitos constitucionais..... | 71 |
| CONCLUSÃO..... | 73 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 78 |

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho pode ser tido como um dos ramos jurídicos mais dinâmicos, tendo em vista que o seu desenvolvimento, mais do que outras áreas do Direito, anda *pari passu* com o universo socioeconômico. À medida em que a sociedade muda, conformações fáticas e direitos trabalhistas também mudam. Tal transformação pode ser mais ou menos rápida, e para beneficiar ou prejudicar os trabalhadores, tudo conforme os interesses envolvidos.

A historicidade dos direitos trabalhistas, no que concerne a sua evolução, muito nos tem a desvendar a respeito do atual patamar normativo. A recente aprovação da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, por meio da qual novos direitos foram agregados ao regime dos empregados domésticos, demonstra a caminhada em prol do Estado Social de Direito. Ela aponta uma mudança de postura em relação a esta grande parcela de empregados.

Entretanto, por mais que um novo feixe de direitos seja atribuído aos empregados domésticos, este movimento não pode ser entendido como acabado e aperfeiçoado. O estudo dos pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego comum contrapostos à relação de trabalho doméstica não permite que se entenda que direitos aferidos aqueles sejam sonegados aos últimos. Pela utilização do termo “relação de trabalho doméstica” se quer referir aos empregados domésticos e aos diaristas domésticos.

O princípio da isonomia, tão caro a milhares de pessoas - sejam as que lutaram pela igualdade de gênero, ou as que não mediram esforços pela igualdade de raças, ou ainda de classes - não pode ser olvidado na relações de trabalho em comento. Por intermédio da ótica deste preceito, não há justificativa plausível para o que empregado doméstico seja desequiparado em relação ao empregado comum. Do mesmo modo e, guardadas as peculiaridades de cada caso, os empregados domésticos também não podem ter tratamento jurídico diferenciado dos diaristas domésticos.

Dessarte, busca-se verificar, sob a luz do princípio da isonomia, se o ordenamento jurídico pátrio comportaria o enquadramento do diarista doméstico como empregado doméstico e deste como empregado comum. Ao fim e ao cabo, pretende-se verifi-

car a possibilidade de alocar as duas categorias de trabalho doméstico (empregados e diaristas) dentro da categoria dos empregados comuns, reconhecendo-se direitos iguais a todos eles.

O caminho a ser percorrido neste intento não é curto e de pouco esforço, no entanto, quando se objetiva adequar a ordem social aos padrões da igualdade, esforços não podem ser medidos. Desta maneira, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos.

Preliminarmente à apresentação de cada uma destas partes, como de praxe, ressalva-se dois aspectos de relevância. O primeiro deles concerne à digressão histórica envolvida na celeuma. Entende-se que se trata de ponto de relevância para o trabalho em questão, porém, não lhe foi destinado um capítulo em específico em decorrência do curto espaço que uma monografia de conclusão de curso possui. Conquanto essa questão em apartado, no decorrer das linhas que se seguirão serão apresentados dados e fatos de relevância para a maior completude da questão.

A segunda ressalva é reportada ao objeto de estudo: empregados domésticos e diaristas. Muito embora a monografia apresente uma limitação de conteúdo, defende-se que as duas categorias devem ser estudadas em paralelo, porque suas atividades são extremamente similares. Prevenido o leitor das singularidades que estão no porvir, passa-se à estrutura da presente monografia.

No primeiro capítulo serão explicitadas as generalidades do vínculo de emprego comum. Dentro desta parte será realizada a análise de cada pressuposto fático-jurídico da relação de emprego, tudo com o fim de esclarecer qual a singularidade existente entre as categorias de trabalho estudadas.

Dentro do segundo capítulo serão abordadas as particularidades que o vínculo de emprego doméstico apresenta. Neste ponto foi inevitável apresentar, ainda que breve, alguns delineamentos históricos sobre essa ocupação. Também foram abrangidas as recentes alterações constitucionais viabilizadas por meio da Emenda Constitucional nº 72 de 2013.

O terceiro capítulo segue as mesmas linhas didáticas do anteriormente apresentado, mostrando nesta oportunidade as características dos diaristas domésticos e os precedentes judiciais que tratam da questão.

Por sua vez, o quarto capítulo - o qual, pode-se dizer, dotado de um método mais holístico, é estruturado em cinco partes: a primeira denotará a posição que este trabalho possui ante as leis de modo geral; as segunda e terceira partes tratarão de expor o conteúdo do princípio da isonomia, a última delas especificamente à seara juslaboral; a quarta parte intentará desqualificar a desequiparação perpetrada entre os empregados domésticos e os empregados comuns à luz do princípio isonômico; e a quinta parte justificará os motivos pelos quais a diferenciação entre os empregados domésticos e os diaristas viola o princípio da isonomia.

A metodologia procedimental adotada neste estudo é a monográfica. Por seu turno, o método científico será o dedutivo. A temática será desenvolvida tendo por insumos a pesquisa bibliográfica (precedentes judiciais, publicações em periódicos, sites na internet, revistas especializadas, livros, entrevistas, reportagens e discursos).

1 O VÍNCULO DE EMPREGO

1.1 Caracterização do vínculo de emprego

O Direito do Trabalho tem a relação empregatícia como sua categoria básica, a partir da qual se constroem os princípios, regras e institutos essenciais desse ramo jurídico. Entretanto, existem relações deste tipo que, apesar de estarem dentro do ramo trabalhista, regulam-se por normatividade específica, caso dos empregados domésticos no Brasil¹. Para se compreender essa distinção e o que será abordado posteriormente neste trabalho, é necessário que os pressupostos para a configuração do vínculo de emprego comum sejam estudados.

Introdutoriamente a essa análise cabe salientar que relação de trabalho e relação de emprego não são sinônimos, incluindo-se esta última dentro da primeira, como espécie².

¹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 55.

²Idem, ibidem, pg. 279: “A primeira expressão [relação de trabalho] tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existente no mundo jurídico atual. [...] Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC 45/2004 (novo art. 114 da CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho.

1.1.1 Elementos fático-jurídicos da relação de emprego

A Doutrina, de modo uníssone, elenca como fatores caracterizadores da relação de emprego a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador, com pessoalidade (*intuitu personae*), de forma não-eventual, sob subordinação e com onerosidade. Tal ilação decorre da leitura conjugada dos artigos 2º e 3º da CLT³. Analisar-se-á, na sequência, cada pressuposto em apartado.

1.1.1.1 Trabalho por pessoa física

O primeiro requisito que se tem para a configuração da relação empregatícia é o exercício das atividades por pessoa física, em contraponto à pessoa jurídica. Não há grandes dificuldades nesse patamar da discussão. Somente o empregador pode ser indistintamente pessoa física ou jurídica. Urge destacar, entretanto, a tentativa de furtar-se dos deveres trabalhistas por intermédio da utilização da pessoa jurídica, burla que não terá espaço de análise neste trabalho, mas da qual não se pode olvidar⁴.

Interessante destacar que Alice Monteiro de Barros⁵ aloca esse pressuposto dentro do requisito da pessoalidade, tratado a seguir, como se dele decorrência lógica fosse. O mesmo critério é adotado por Sergio Pinto Martins⁶, que ainda, assevera que, sendo o trabalhador pessoa jurídica, estar-se-á falando de locação de serviços, empreitadas, etc.

³ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>, acesso em 12-5-2015.

⁴ DELGADO, 2012, p. 284-285.

⁵ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo; LTr, 2009, p. 264.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 106.

1.1.1.2 Pessoaalidade

O pressuposto em questão está intrinsecamente ligado ao elemento anterior, porque não há pessoaalidade sem prestação de labor por pessoa física. Este elemento se refere à relação factualmente posta. Tanto assim é que não se pode afirmar que qualquer trabalho por pessoa física é envolto da pessoaalidade⁷.

Entra em pauta o conceito consubstanciado na expressão *intuitu personae*. Sumariamente descrito, enuncia que deve haver infungibilidade pelo prestador de serviços, o que significa - regra geral - que continuamente o mesmo trabalhador deverá exercer as atividades laborais (situação personalíssima). Nas palavras de Sergio Pinto Martins⁸, o contrato de trabalho deve ser “[...] realizado com certa e determinada pessoa”⁹. Nada impede, contudo, a substituição eventual e consentida pelo empregador e aquelas ligadas à lei e normas autônomas.

Em razão desta característica, exemplificativamente, as obrigações relativas ao pacto laboral não se transmitem aos herdeiros e sucessores, havendo inviabilidade da prestação.

De suma importância o fato de que esse aspecto somente incide na figura do trabalhador, porque, nos termos dos artigos 10¹⁰ e 448¹¹ da CLT, o empregador pode vir a ser alterado – o que se denomina de alteração subjetiva¹² do contrato de trabalho.

⁷ DELGADO, 2012, p. 284-285.

⁸ DELGADO, p. 285-286 e BARROS, 2009, p. 266.

⁹ MARTINS, 2002, p. 106.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

¹¹ Idem, ibidem. Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

¹² DELGADO, 2012, p. 414: “Sucessão de empregadores é a figura regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT. Consiste no instituto justrabalhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência da titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos”.

1.1.1.3 Não-eventualidade

O Direito do Trabalho possui como um dos princípios basilares a continuidade da relação de emprego, por intermédio do qual se caracteriza a indeterminação do termo do contrato empregatício. Ou seja, as hipóteses de contratação temporária são desestimuladas, sendo na realidade, a exceção dos casos. Este preceito protetivo está ligado a um aspecto temporal (consecutividade no tempo), tal qual a não-eventualidade.

E sobre o princípio da continuidade, assere Américo Plá Rodríguez:

Se quiséssemos resumir o significado deste princípio em uma frase, escolheríamos uma cunhada por Manuel Alonso Olea (...): “O contrato de trabalho é, por assim dizer, um negócio jurídico de extrema vitalidade, de uma dureza e resistência em sua duração”. E depois acrescenta: “O princípio geral do direito contratual de conservação do negócio, para que este surta todos os seus efeitos, desejados pelas partes e pelo ordenamento jurídico (que o art. 1.284 do Código Civil formula como princípio das cláusulas contratuais, mandando que estas sejam estendidas no sentido mais adequado para produzir seus efeitos), atua no contrato com especial intensidade¹³”. Traduzido em palavras menos originais, podemos dizer que este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos¹⁴.

Denota-se, conseqüentemente, o caráter pró-trabalhador dado pelo ordenamento trabalhista na interpretação do contrato de trabalho.

Pelo viés oposto, para caracterização do vínculo, o trabalho não pode ocorrer de forma meramente esporádica. É por esta característica que o trabalhador eventual não é empregado¹⁵.

¹³ OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del trabajo*. Madri, 1974, p. 118 apud Américo Plá Rodríguez in PLÁ, Rodríguez Américo. *Princípios do direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996.

¹⁴ PLÁ, Rodríguez Américo. *Princípios do direito do trabalho*. tradução de Wagner D. Giglio. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 140-141. Ainda, destaca-se a curiosidade apontada por Américo Plá Rodríguez sobre a continuidade da relação: “Durante certo tempo se acreditou ver nesta circunstância o perigo de que reapareceriam sorrateiramente certas formas de escravidão ou, pelo menos, servidão. Por isso, o Código Civil napoleônico incluiu uma disposição que foi reproduzida por quase todos os códigos inspirados nesse modelo de tanta influência no mundo latino. A versão contida no Código Uruguaio reza assim: art. 1.836 - ‘ninguém pode contratar seus serviços pessoais, salvo temporariamente ou por obra determinada’. Objetivou-se proibir a contratação por toda a vida. Posteriormente notou-se que o perigo real era o inverso: a instabilidade, que é sinônimo de insegurança”(PLÁ, 1996, p. 138).

¹⁵ DELGADO, 2012, p. 286-287.

Sergio Pinto Martins¹⁶ afirma que deve haver um “[...]trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo”.

Neste ponto, cabe fazer um parênteses, porque, conforme demonstrar-se-á adiante, a não-eventualidade é objeto de discussão e, diga-se de passagem, dissenso na doutrina e jurisprudência no que concerne ao trabalho doméstico.

De qualquer maneira, cabe destacar o seguinte da lição de Maurício Godinho Delgado sobre o tema:

A eventualidade, para fins *celetistas*, não traduz intermitência¹⁷; só o traduz para a teoria da descontinuidade - rejeitada, porém, pela CLT. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana¹⁸.

Necessário fazer um parênteses sobre a teoria da descontinuidade. Conforme leciona Maurício Godinho Delgado¹⁹, essa teoria informa que o trabalho eventual seria aquele descontínuo e ininterrupto com relação ao tomador em questão. Desta forma, um trabalho fracionado no tempo perderia o caráter de fluidez temporal sistemática. Trabalho eventual, para essa formulação, seria fragmentado, sendo verificado de modo disperso no tempo, havendo rupturas e espaçamento temporais de relevância com respeito ao tomador de serviços.

Tem-se que a teoria em questão teria sido enfaticamente rejeitada pela CLT, sendo esta uma das afirmações claras no que concerne ao elemento não-eventualidade. Aparentemente a CLT teria incorrido num erro ao utilizar a expressão negativa “serviços de natureza não-eventual” para fazer referência ao elemento fático-jurídico em comento (no lugar da expressão positiva “serviços de natureza contínua”), mas, ocorre que a norma objetivou firmar a rejeição à teoria da continuidade/descontinuidade²⁰.

Desta forma, sob o lume da CLT, um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, porém apenas em domingos ou fins de semana

¹⁶ MARTINS, 2002, p. 104.

¹⁷ Neste sentido, Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2009, p. 266).

¹⁸ GODINHO, 2012, p. 290.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 288-289

²⁰ Idem, ibidem, p. 288-289

(garçons, por exemplo), não poderia configurar um trabalhador eventual, em razão do não encampamento da teoria da descontinuidade²¹.

Delineado de forma geral o conteúdo da não-eventualidade, prossegue-se à análise dos outros pressupostos.

1.1.1.4 Onerosidade

A relação de emprego envolve uma contraprestação pelo empregador em relação à força de trabalho despendida pelo empregado, consubstanciada no conjunto salarial²². Assim, tem-se que o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso. Maurício Godinho Delgado leciona que esse aspecto deve ser observado pelas dimensões do plano objetivo e subjetivo. O primeiro manifesta-se pelo pagamento de *salário*, o qual pode se dar de diversas maneiras (dinheiro ou utilidades, por dia, quinzena, mês, parcela fixa ou variável)²³.

Pelo segundo viés, o plano subjetivo, no qual a análise somente adentra em casos mais limítrofes (servidão disfarçada, trabalho comunitário, filantrópico político ou religioso), observar-se-á a intenção das partes. Traduz-se, na prática, em perquirir sobre a existência do *animus contrahendi*, mormente em relação ao prestador de serviços; em outras palavras, se há intenção de estabelecer vínculo a título oneroso e empregatício²⁴.

²¹ Idem, ibidem, p. 288-289

²² DELGADO, 2012, p. 291: “complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada”.

²³ Idem, Ibidem, 2012, p. 292. O mesmo raciocínio pela rejeição celetista da teoria da descontinuidade não poderia deixar de chegar à conclusão inversa no que tange à Lei do Trabalho Doméstico. Esta lei claramente evitou a expressão celetista consagrada *serviços de natureza não eventual*; ela preferiu referir-se a *serviços de natureza contínua* quando tratando do pressuposto da não-eventualidade (art. 1º, Lei nº 5.859/72). Nesse caso, a diferença de expressões (continuidade *versus* não-eventualidade) teria resultado da intenção legal de não enquadrar na figura técnico-jurídica de empregado doméstico o trabalhador eventual doméstico, conhecido como diarista (trata-se, é claro, do real diarista, trabalhador descontinuo doméstico, que comparece um ou dois dias por semana ou quinzena à residência).

²⁴ Idem, Ibidem, op. cit, loc, cit.

1.1.1.5 Subordinação

A subordinação, por sua vez, é a marca que distinguirá as formas de relacionamento dentro do mercado produtivo. A partir dela é que se desenvolverão as formas de trabalho autônomo. Em inúmeros casos de prestação de trabalho por profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, empreitadas, representantes comerciais, parcerias rurais, será o elemento em questão a chave para a comprovação da existência de vínculo de emprego, e não mera prestação de serviço autônomo²⁵. Maurício Godinho Delgado²⁶ afirma que para as situações delineadas acima (trabalho autônomo), “[...]a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente que estaria se revestindo o vínculo”.

Sobre o tema, assim leciona Amauri Mascaro do Nascimento²⁷:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Portanto, vê-se que esse pressuposto está relacionado ao modo de realização das atividades, ou seja, possui um prisma de análise objetivo, e não subjetivo. Insta salientar que, de fato, em tempos idos, a noção possuía a conotação subjetiva, expressa no art. 3º da CLT, pela expressão “dependência”²⁸.

Dentro do contexto, a natureza da subordinação é de fenômeno jurídico, proveniente do contrato de trabalho, por meio do qual o trabalhador se submete - na realização das tarefas contratadas - ao poder diretivo do empregador.

²⁵ Idem, Ibidem, p. 294.

²⁶ DELGADO, 2012, p. 294.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Ltr, 1989, p. 103.

²⁸ DELGADO, 2012, p. 295.

Maurício Godinho Delgado²⁹ salienta que, partindo-se do conceito de dependência, em seu sentido subjetivista, a subordinação já foi considerada como dependência econômica ou técnica (tecnológica)³⁰. Não convém entrar nos meandros desta discussão, mas cabe o registro de que o doutrinador em questão defende que elas não correspondem ao moderno entendimento, porque a sua assimetria não daria azo à assimetria na relação de emprego.

Cabe, em derradeira análise, registrar as três principais dimensões da Subordinação (Clássica ou Tradicional, Objetiva e Estrutural). Em apertada síntese, a clássica é a derivada do poder diretivo do empregador, ou seja, é a incidente no modo de realização da prestação laborativa. Objetiva é “a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços³¹”.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena³² assim dispõe sobre o tema:

[...] se reserva ao credor do trabalho a faculdade de especificar, cada uma por sua vez, ou no quê, e/ou no como, e/ou, no quanto, e/ou, no quando, e/ou, no onde (sempre nos limites do contrato que deixa uma das modalidades livre), a porção de energia-trabalho do prestador. Esse axioma, que jamais é exaustivo repetir, vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre a atividade e atividade que se integra em atividade.

E a subordinação estrutural, por sua vez, é a submersão do trabalhador nas atividades da empresa de tal maneira que a própria estrutura lhe fornece as diretrizes de operação e funcionamento, sendo despendendo o recebimento direto de ordens³³.

²⁹ Mesmo que não se trate do cerne deste trabalho, convém registrar a postura adotada por Sergio Martins, no sentido de que a “subordinação pode ser econômica, técnica, hierárquica, jurídica ou até mesmo social. O empregado é subordinado economicamente ao empregador por depender do salário que recebe [...] A subordinação técnica dá-se pelo fato de o empregado depender tecnicamente do empregador, que determina as diretrizes técnicas da produção [...] a dependência social diz respeito ao fato de que o contrato de trabalho se funda numa condição social das partes, sendo que as leis devem ser editadas para regular as referidas questões sociais pertinentes às partes envolvidas; o empregado, por ser o ente mais fraco da relação, deve, portanto, ser socialmente protegido (MARTINS, 2002 p. 106). Alice Monteiro de Barros, por sua vez, destaca a existência de defensores da subordinação técnica, econômica e social, ressaltando que o critério mais aceito pela jurisprudência é a subordinação jurídica (BARROS, 2009, p. 267-268).

³⁰ Idem, Ibidem, 2012, p. 296.

³¹ DELGADO, 2012, p. 297-299.

³² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, pg. 234-235.

³³ DELGADO, 2012, p. 298.

Alice Monteiro de Barros³⁴ conceitua a subordinação como a “[...]possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado”

A manifestação do legislador a respeito do conceito de subordinação estrutural, e também da sua dimensão objetiva, se deu com a Lei nº 12.551 de 2012, a qual alterou o art. 6º da CLT e incluiu o seu parágrafo único³⁵.

Em conclusão, observa-se que a subordinação é o mais tormentoso elemento fático-jurídico da relação de emprego, entretanto, também um dos mais relevantes, pois em situações limítrofes a discussão será travada sobre este elemento.

Destaca-se, por outro lado, que em determinadas situações, como é o caso dos prestadores de serviços autônomos, mesmo havendo determinado nível de subordinação, esse não bastará à caracterização do vínculo de emprego, conforme a jurisprudência evidencia. É o caso do contrato de parceria entre as esteticistas com o proprietário das instalações onde são ofertados os serviços. Muitas vezes o local - geralmente um espaço de dentro de uma clínica estética com variados serviços e profissionais - possui regras, tal como horário de funcionamento, uniforme, etc, mas nem por isso estará verificada a subordinação jurídica na prestação dos serviços, porque ainda há livre autonomia na sua realização³⁶.

³⁴ BARROS, 2009, p. 268.

³⁵ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Ementa: VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO RECONHECIMENTO. RELAÇÃO DE PARCERIA (SALÃO DE BELEZA X MANICURE - ESTETICISTA - DEPILODORA). AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. Para o reconhecimento da relação de emprego é imprescindível a prova da ocorrência cumulativa de todos os elementos de que trata o art. 3º da CLT, sendo essencial para essa finalidade a subordinação jurídica. Configurada uma relação típica de parceria entre as partes (salão de beleza x manicure - esteticista - depiladora), denotando inexistência da subordinação jurídica, não há como reconhecer o vínculo laboral. (RO 0001801-55.2013.5.12.0027, SECRETARIA DA 3ª TURMA, TRT12, LILIA LEONOR ABREU, publicado no TRTSC/DOE em 03/06/2014). Cabe registrar que este não é um entendimento totalmente pacífico na jurisprudência.

Mas o preenchimento dos pressupostos fático-jurídicos não são suficientes para a caracterização do vínculo empregatício; necessário também o respeito aos elementos jurídico-formais, como se verá diante³⁷.

1.1.2 Elementos jurídico-formais da relação de emprego

Uma vez constatado que há pessoalidade, onerosidade, subordinação e não-eventualidade na relação havida, deve-se perscrutar se, sob o aspecto jurídico formal, tal relação poderia ter ocorrido.

Trata-se do plano de validade do fenômeno estudado. Uma vez incontroversa a relação, tem-se por existente, mas se inválida no sentido formal, nem todos os efeitos jurídicos inerentes ao contrato de trabalho operarão. Aqui incide a teoria civilista de forma mais direta, de maneira a se verificar os elementos essenciais ao contrato, dispostos no art. 104³⁸ do Código Civil, com adaptações à seara trabalhista, além da praxe dos Tribunais³⁹. Como exemplo, cita-se o teor da Súmula nº 363⁴⁰ do TST.

Deste modo impõe-se respeitar a possibilidade de entabulação do contrato conforme as normas do ordenamento justrabalhista e pátrio de forma geral.

Após este estudo sobre os elementos necessários à formação do vínculo empregatício ordinário, apresentar-se-á as especificidades concernentes aos empregados domésticos.

³⁷ Insta registrar que Sergio Pinto Martins elenca a *alteridade* como requisito do vínculo empregatício. Afirma o jurista que o empregado presta serviços por conta alheia, ou seja, trabalha sem assunção de riscos. Ele pode até participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. (MARTINS, 202, p. 106).

³⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³⁹ DELGADO, 2012, p. 300-302.

⁴⁰ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 363 do TST. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Fonte: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>, acesso em 12-5-2015.

2 EMPREGADOS E DIARISTAS DOMÉSTICOS

2.1 Breves delineamentos históricos

Quando as perspectivas socioculturais da atualidade são estudadas, nas quais o panorama jurídico está intrinsecamente ligado é inevitável destacar alguns contornos históricos. Aqui serão destacados os relativos à relação existente entre o empregador e o empregado doméstico. Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo⁴¹ asserem que esta relação remonta ao período em que a escravidão era institucionalizada no Brasil, denotando atualmente a sobrevivência da cultura “senhor e escravo”. Tal situação explicaria o fato de serem sonegados tantos direitos aos empregados domésticos.

Sobre a origem do trabalho doméstico no Brasil, leciona Felipe Calvet⁴²:

A origem do trabalho doméstico no Brasil nos remete à época da escravatura, em que os escravos, geralmente mulheres e crianças, trabalhavam nas residências do proprietários das fazendas. Em razão dessa gênese escravocrata, sempre foi desvalorizado.

[...]

Com a abolição da escravatura grande parte dos escravos permaneceu laborando nos mesmos lugares anteriores, nas casas das fazendas, em troca de local de moradia e alimentação, mas não mais como escravos e sim como domésticos.

Esta mesma lição pode ser vista descrita por Gilberto Freyre⁴³ na clássica obra *Casa-grande & Senzala*:

Da escrava ou sinhá que nos embalou. Que nos deu de mamar. Que nos deu de comer, ela própria amolengando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras história de bicho e de mal-assombrado. Da mulata que nos tirou o primeiro bicho-de-pé de uma coceira tão boa.

[...]

⁴¹ ALMEIDA Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Diarista: um empregado em busca de vínculo*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba; Juruá, 2013, p. 67.

⁴² CALVET, Felipe. *A evolução da legislação do trabalhador doméstico*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba; Juruá, 2013, p. 89.

⁴³ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: a formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. 52. ed. São Paulo: Global, 2013, p. 367/385/398-399.

Dos negros de Angola, diz Laet, resumindo informações do conselheiro político Servacios Carperntier sobre a capitania da Paraíba, que eram os empregados em maior número no serviço da lavoura. Mas ‘sempre mantidos com muitos açoites’. Acrescentando: ‘os negros de Guiné são excelentes, de sorte que a maior parte são utilizados nos serviços domésticos, para copeiros etc.

[...]

Diz-se geralmente que a negra corrompeu a vida sexual da sociedade brasileira, iniciando precocemente no amor físico os filhos-família. Mas essa corrupção não foi pela negra que se realizou, mas pela escrava. Onde não se realizou através da africana, realizou-se através da escrava índia. [...] Fora os senhores das casas-grandes que contaminaram de lues⁴⁴ as negras das senzalas. Negras tantas vezes entregues virgens, ainda molecas de doze e treze anos, a rapazes brancos já podres da sífilis das cidades.

Portanto, conclui-se que as origens das relações de emprego doméstico estão fundadas na escravatura, quando, geralmente, as mulheres negras ou índias, trabalhavam nas casas dos senhores, submetidas à ampla dominação, inclusive sexual⁴⁵.

E arrematando, Thays Almeida Monticelli e Marlene Tamanini⁴⁶, retratando o atual trabalho doméstico, afirmam que:

As questões que seguem apontando os processos de estigmatização referem-se a diversas características de ordem social e política, pois essa categoria profissional é constituída e marcada pelas desigualdades étnicas, econômicas, de gênero e de estruturas educacionais. [...] Essas características formam e reproduzem um cultura patronal que as inferioriza, fazendo com que os direitos concebidos sejam deixados de lado, assumindo-se uma postura de servilidade e invisibilidade, por parte do Estado, dos empregadores, da própria trabalhadora, ou seja, pela desvalorização desse trabalho em nossa sociedade em geral.

Vencida a sucinta regressão histórica sobre as bases nas quais se assenta historicamente a relação ora estudada - essencial para a situação do leitor sobre o passado, o presente e de como deve ser o futuro -, assim, passa-se à exposição do viés mais técnico da relação de emprego doméstico.

⁴⁴ Sinônimo de sífilis.

⁴⁵ A situação de degradação a que viviam os escravos não está tão distante quanto pensamos. Em dezembro de 2014 foi descoberto trabalho em condições análogas à de escravos em uma mansão na cidade de Florianópolis-SC. O Ministério Público do Trabalho recebeu uma denúncia e averiguou a existência de quatro peruanas exercendo as atividades domésticas, as quais eram realizadas de segunda a segunda, das 7h às 22h, sem direito a folgas ou férias e com a liberdade restrita. Elas ficavam à disposição 24 horas por dia. (Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Peruanas mantidas em cada de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas. Sítio eletrônico: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-alto-padrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>> . Acesso em 5 de abril de 2015.

⁴⁶ MONTICELLI, Thays Almeida e TAMANINI, Marlene. *Trabalho autônomo e autonomia trabalhista: as práticas de trabalho das diaristas e suas reconfigurações no trabalho doméstico*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba, Juruá, 2013, p. 226.

2.2 Definição do contrato de trabalho doméstico

Maurício Godinho Delgado⁴⁷ afirma que a modalidade de emprego doméstico é uma figura especial. Aduz ele que os mesmos cinco elementos fático-jurídicos deverão estar presentes na relação, entretanto com uma conformação especial. Ademais, no seu pensar, deverá haver alguns elementos fático-jurídicos especiais⁴⁸, conforme será visto a seguir.

Para o nobre jurista, o elemento “continuidade” recebe conformação especial, sendo ainda que deve haver os seguintes elementos especiais: “[...]finalidade não lucrativa dos serviços; apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família; efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores”⁴⁹.

É a Lei nº 5.859 de 1972 que disciplina sobre a profissão do empregado doméstico. Dispõe ela, no seu art. 1º: “[...]empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei”⁵⁰.

Para Octavio Bueno Magano⁵¹ a marginalização dos empregados domésticos somente cessou com a promulgação dessa Lei, entretanto, a ampliação dos benefícios para a espécie em questão somente se efetivou com a CRFB/88, que lhes assegurou salário mínimo, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias de trinta dias acrescidas do terço constitucional, licença gestante, licença paternidade e aviso-prévio.

⁴⁷ DELGADO, 2012, p. 369.

⁴⁸ DELGADO, 2012, p. 369.

⁴⁹ Idem, ibidem, loco citato.

⁵⁰ A discussão se mostra tão atual que o Senado, após o texto principal deste trabalho estar acabado, aprovou o texto final do Projeto de Lei nº 224 de 2013, o qual regulamentou a Emenda Constitucional nº 72 (PEC das Domésticas), e que dispôs, nos termos do art. 1º, que configuraria o emprego doméstico a periodicidade de *mais de dois dias por semana*. Fonte: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=129645&tp=1>>, acesso em 10-5-2014.

⁵¹ MAGANO, 1993, p. 119. (Ao revés do entende o jurista em questão. Entendemos que ainda há situação de marginalização suportada pelos empregados domésticos, conforme destacado anteriormente, neste trabalho, nos termos das posições sustentadas por Felipe Calvet, Almeida, além de outros).

Pela análise do dispositivo vê-se a referência a somente três dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego: pessoalidade, subordinação e onerosidade. Sobre essa omissão Maurício Godinho Delgado⁵² alerta ter sido justificada. Aduz ele que:

É que a Lei nº 5.859 quis destacar em seu texto apenas o elemento genérico objeto de conformação sóciojurídica especial (continuidade) e os elementos específicos à relação empregatícia. Inexistia, assim, para a lógica da lei especial, qualquer necessidade de se repetirem elementos fático-jurídicos óbvios à existência da figura do empregado doméstico e que comparecem a essa categoria sem qualquer especificidade perante o padrão empregatício genérico celetista.

Ainda, o mesmo jurista leciona que os cinco elementos fático-jurídicos devem ser analisados pela perspectiva do empregado. Entretanto, quanto aos outros três elementos específicos à relação em questão, devem ser observados pelo prisma do empregador⁵³.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁵⁴ conceitua o empregado doméstico com as seguintes palavras: “[...]prestar serviços à família, entendida esta no mais amplo sentido como comunidade residencial e cuja atividade se limite à economia de consumo”.

Alice Monteiro de Barros, por sua vez, elucida que Lei nº 5.859/72

corrigiu o equívoco cometido pela CLT quando, ao conceituar o doméstico, definiu-o como aquele que presta serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas (art.º, “a”, da CLT). Ora, tais serviços possuem fins econômico, pois têm em mira a satisfação de uma necessidade, embora não tenham propósitos de lucro. A atividade doméstica refere-se, portanto, à “economia de consumo de uma comunidade familiar”.

Pois bem, exposta a definição do que se tem por empregado doméstico, e que de modo geral não há tanta divergência, seguir-se-á com o estudo dos detalhes que envolvem a questão.

⁵² DELGADO, 2012, p. 369-370.

⁵³ Idem, ibidem, p. 370.

⁵⁴ VILHENA, 1975, p. 287.

2.2.1 Elementos fático-jurídicos especiais

2.2.1.1 Não lucratividade dos serviços

O trabalho doméstico não pode visar ao lucro e nem ser realizado no âmbito de um estabelecimento comercial, restringe-se ao ambiente pessoal ou familiar. O prisma que deve ser analisado é o do empregador, e não o do empregado, pois para esse sempre haverá o interesse econômico. Orlando Gomes⁵⁵ citado por Maurício Godinho Delgado leciona que “[...]trata-se de uma atividade de mero consumo, não produtiva”.

2.2.1.2 Prestação das atividades em âmbito pessoal ou familiar

A relação empregatícia deve se dar no ambiente pessoal ou familiar, por isso não se admite que pessoas jurídicas contratem empregados domésticos. O mesmo vale para os entes jurídicos especiais, aptos a contrair obrigações, mas sem personalidade formal (massa falida e condomínio)⁵⁶.

Podes-se afirmar que há certa pessoalidade na figura do empregador doméstico, embora relativa, porque pode haver a sucessão⁵⁷. Esse é o caso da família que continua num dos polos da relação empregatícia doméstica após a morte do emprega-

⁵⁵ DELGADO, 2012, p. 375. Sobre o aspecto em questão, não existe divergência doutrinária, até mesmo porque a lei foi clara. Com o mesmo entendimento, citamos os doutrinadores Alice Monteiro de Barros, Sergio Pinto Martins, Octavio Bueno Magano.

⁵⁶ DELGADO, 2012, p. 377.

⁵⁷ Sobre a questão, esclarece Maurício Godinho Delgado: “Essa relativa pessoalidade que imanta a figura do empregador, no âmbito da relação empregatícia doméstica, é que torna difícil a extensão à categoria dos princípios e regras da chamada *alteração subjetiva do contrato* (ou *sucessão trabalhista* - arts.10 e 448, CLT). De fato, em primeiro lugar, há o próprio óbice normativo encontrado no art. 7º, ‘a’, da CLT (que inibe a aplicação da CLT aos domésticos). Além disso, existe, em segundo lugar, certa incompatibilidade teórica de institutos jurídicos, já que a sucessão trabalhista tem como um de seus fundamentos centrais o princípio da despersonalização da figura do empregador - que é inaplicável à relação de emprego doméstica. A terceira incompatibilidade, relembre-se estaria na ideia de *empresa*: esta é relevante à despersonalização intentada pelos artigos 10 e 448, CLT (que regulam a *sucessão*), ao passo que é incompatível com a noção de relação empregatícia doméstica”.

dor⁵⁸. O caráter subjetivo do empregador não se confunde com o local da prestação se dos serviços - abordado a seguir -, apesar de estarem intrinsecamente ligados.

2.2.1.3 Residência como lugar da prestação dos serviços

Por fim, exige a Lei nº 5.859/72 que a prestação dos serviços ocorra no “[...]âmbito residencial”. Maurício Godinho Delgado⁵⁹ sustenta que a expressão deve ser entendida no sentido a seguir: “[...]com respeito ao âmbito residencial destas ou para o âmbito residencial destas, ou, ainda, em função do âmbito residencial da pessoa ou família”. Desta forma, estaria abarcada pela interpretação o caso das repúblicas, ou dos motoristas que prestam serviços fora das dependências das residências ou ainda residências com núcleo formado não somente por uma única família.

Alice Monteiro de Barros⁶⁰ alerta para o caso de prestação de serviços nas “[...]dependências ou em prolongamentos da residências, como o jardineiro, o vigia, o motorista, o piloto ou o marinheiro particular, os caseiros e zeladores de casas de veraneio ou sítios destinados ao recreio dos proprietários, sem qualquer caráter lucrativo”⁶¹.

Após a abordagem dos aspectos fático-jurídicos da relação de emprego doméstico, entende-se necessário expor o atual patamar relativo ao regime jurídico destes trabalhadores, até mesmo para que se possa ter uma noção dos direitos que lhes são sonegados em comparação aos empregados comuns.

⁵⁸ DELGADO, 2012, p.377.

⁵⁹ DELGADO, 2012, p. 378.

⁶⁰ BARROS, 2009, p. 341.

⁶¹ Tal aspecto oferece maiores dificuldades em relação ao entendimento do que seria as dependências ou prolongamentos da residência, mas o presente estudo não abrange esses aspectos.

2.2.2 Especificidades concernentes aos elementos fático-jurídicos

A relação entre empregador e empregado doméstico possui um viés especial sobre o elemento pessoalidade. Considera-se que tal atividade é envolta por grande fidedignidade, pois os serviços são prestados no ambiente familiar, ou seja, o mais íntimo e privado da vida de uma pessoa/família.

E, em se tratando da onerosidade, também podem ser delineados aspectos importantes, como por exemplo, o cônjuge que pede em Juízo o vínculo de emprego com o outro cônjuge. Não se tem aceitado tal relação na jurisprudência, em que pese ser admitida a sociedade de fato⁶² entre eles⁶³.

Quanto ao elemento fático-probatório relativo à não-eventualidade, emergem maiores dissensões. Isso ocorre porque a Lei nº 5.859/72 usou a expressão “[...]serviços de natureza contínua”, e não a expressão utilizada pelo art. 3º da CLT, “serviços de natureza não eventual”. Maurício Godinho Delgado⁶⁴, a respeito do tema, afirma que há duas correntes de interpretação. Para a primeira, as duas expressões querem dizer a mesma coisa, sendo que, por consequência, ter-se-ia rejeitado a teoria da descontinuidade⁶⁵ para conceituar o trabalhador eventual doméstico. Assim, o diarista doméstico seria empregado, na sua definição estrita.

E quanto à segunda corrente, afirma o jurista:

Ora, ao não adotar a expressão celetista consagrada (*natureza não eventual*) - que importava o afastamento da teoria da descontinuidade no tocante à caracterização do trabalhador eventual -, elegendo, ao revés, exatamente a expressão rejeitada pela CLT (*natureza contínua*), a Lei Especial dos Domésticos (5.859/72) fez claramente uma opção doutrinária, firmando o conceito de *trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade*. Essa opção doutrinária não se chocaria com o sistema, não seria com ele incompatível: apenas daria tratamento diferenciado a um elemento fático-jurídico geral, no contexto de uma relação jurídica empregatícia particular (tratamento diferenciado, aliás, que a ordem jurídica confere ao doméstico em quase tudo: jornada, adicionais legais, FGTS, etc.). Ou seja, *o elemento da não eventualidade na relação de emprego doméstica deve ser com-*

⁶² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

⁶³ DELGADO, 2012, p. 371.

⁶⁴ DELGADO, 2012, p. 372

⁶⁵ Vide nota de rodapé nº 19 na seção 1.1.1.3.

*preendido como efetiva continuidade, por força da ordem jurídica especial regente da categoria*⁶⁶.

Portanto, conforme o segundo posicionamento, a CLT teria adotado teoria distinta da expressa na Lei que rege o emprego doméstico. A título de exemplo, cita-se Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁶⁷, em caso em que atuou como relator:

O reclamado alega que o reclamante ‘esporadicamente ajudava-o, em sua residência, na execução de obras de arte de *decapê* e douramento’. Essa era a atividade do reclamado. Decidiu-se que o trabalho exercido estava diretamente ligado à atividade do credor - *decapê* ou o douramento de obras de arte. Se o reclamante não trabalhou o período alegado na inicial (diariamente), se trabalhava um ou dois ou quatro dias por semana, se trabalhava duas ou dez horas por dia, essa circunstância implica problema diverso, que se discutirá dentro da relação de emprego, caracterizada. No caso, o que importa é que a função do trabalhador é permanente e necessária ao fim perseguido pela atividade empresária. Ainda que a prestação não seja contínua, caracteriza-se o trabalho efetivo e não eventual, para todos os efeitos legais (Proc. TRT 3ª - 3.428/66).

Do exemplo colhido acima pode-se notar a diferença entre as teses adotadas. Caso a atividade prestada pelo reclamante fosse ligada aos afazeres domésticos, e não ao fim econômico buscado pelo reclamado, entrar-se-ia na discussão sobre a eventualidade ou não dos serviços prestados.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena reputa a continuidade referida pela Lei do Empregado Doméstico uma exigência mais rigorosa do que a não-eventualidade. Sobre essa questão, Octavio Bueno Magano afirma que, doutrinariamente, não haveria motivos para distinguir a continuidade inerente ao contrato de emprego comum daquela que se quer ver no contrato de emprego doméstico. Neste sentido cita Américo Plá Rodrigues⁶⁸, para quem “[...]os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias, etc”. E completa, no sentido de que “[...]a lavadeira que presta serviços uma vez por semana, não sendo trabalhadora eventual, deve ser tida como empregada doméstica”⁶⁹.

Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo defendem que a continuidade a que se refere a Lei nº 5.859/72 “diz respeito efetivamente (como expresso na

⁶⁶ DELGADO, 2012, p. 373.

⁶⁷ VILHENA, 1975, p. 195.

⁶⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo - *Curso de derecho laboral, Montevideo*, 1980, p. 105 apud MAGANO, 1993, p. 125.

⁶⁹ MAGANO, 1993, p. 125.

lei) à natureza do serviço, e não ao número de dias em que ele é prestado”⁷⁰. Desta feita, sustentam:

Assim, serviços de natureza contínua (utilizada a exata dicção da legal) seriam todos aqueles cuja necessidade permanece no tempo, de forma contínua, ou seja, sem interrupções. Exemplificativamente, no caso dos serviços de limpeza do domicílio, ou cuidado de crianças [...] tanto a faxineira, quanto a babá exercem serviços de natureza contínua, porque a necessidade da realização continua no tempo, sendo irrelevante para a configuração do vínculo empregatício, o número de dias da semana em que tais profissionais efetivamente trabalhem⁷¹.

Destarte, não se pode afirmar haja consenso sobre o que a lei quis dizer ao utilizar a expressão “serviços de natureza contínua”. De todo modo, em tópico apartado será abordada pormenorizadamente essa questão.

Outrossim, é de suma importância destacar as inovações trazidas pela EC nº 72 de 2013, o que se passa a fazer no próximo item.

2.3 As recentes alterações normativas: Emenda Constitucional nº 72 de 2013 e Lei nº 12.964 de 2014⁷²

Antes que se possa fazer um levantamento do direitos concernentes aos empregados domésticos com base na Emenda Constitucional nº 72 de 2013 e a Lei nº 12.964 de 2014, é necessário delinear o estágio imediatamente anterior a estas alterações.

A primeira forma de regulamentação concernente a este tipo especial de contrato de trabalho surgiu nas Ordenações do Reino. Após, o Código Civil de 1916, na parte em que tratava da locação de serviços, foi utilizado para reger tal espécie de rela-

⁷⁰ ALMEIDA, 2013, p. 63.

⁷¹ ALMEIDA, 2013, p. 63.

⁷² Conforme já salientado anteriormente, após o desenvolvimento deste trabalho estar acabado, houve a aprovação, pelo Senado, do texto do Projeto de Lei que regulamentou as alterações constitucionais introduzidas pela EC nº 72. Do texto se verifica que foram regulamentados os seguintes aspectos: jornada de trabalho, banco de horas, FGTS, INSS, multa em caso de demissão, Super Simples Doméstico, viagens, férias e benefícios, acerto de débitos com a previdência, fiscalização pelos auditores do trabalho. Fonte: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/05/06/senado-aprova-regulamentacao-de-direitos-dos-empregados-domesticos>>, acesso em 10-5-2015.

ção. Em 1941, foi editado o Decreto nº 3.078, de 1941, por intermédio do qual a locação de empregados em serviços domésticos foi regulada⁷³.

Na sequência, surgiu a Lei nº 5.589/72, vigente até hoje e que dispôs especificamente sobre a profissão. E, já em 1988, houve a promulgação da Constituição, que, por sua vez, estendeu à categoria dos domésticos alguns direitos, tal como, salário mínimo, irredutibilidade salarial, a gratificação natalina, o repouso semanal remunerado, o pagamento das férias com adicional de um terço, a licença gestante, a licença-paternidade, o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, a aposentadoria e a integração à Previdência Social.

Entretanto, as férias eram em tempo inferior a dos empregados comuns⁷⁴. Por sua vez, o art. 7º da CLT, na sua alínea “a”⁷⁵, ainda em vigor, restringe a aplicação dos preceitos da CLT aos domésticos. Ademais, não havia garantia de emprego à empregada doméstica gestante, tudo porque o art. 7º, inc. I⁷⁶, da Constituição Federal e o art. 10, inc. II, “b”⁷⁷, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT não se aplicavam a elas.

Porém, esse cenário foi mudando com o passar do tempo, conforme explica Felipe Calvet⁷⁸:

⁷³ CALVET, 2013, p. 88.

⁷⁴ O revogado art. 3º da Lei nº 5.859/72 previa um período de 20 dias de férias a cada 12 meses de trabalho, enquanto os empregados comuns tinham direito a 30 dias. Tal situação perdurou até o ano de 2006, quando a Lei nº 11.324 dispôs que aos empregados domésticos também eram devidos 30 dias anuais de férias.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : (Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.079, 11.10.1945)

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;

[...]

⁷⁶ Idem, Ibidem, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

⁷⁷ Idem, Ibidem, Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

⁷⁸ CALVET, 2013, p. 88.

Contudo, com a migração da população brasileira para as cidades, este trabalhador passou a conviver mais próximo de outras categorias que tinham uma maior gama de direitos assegurados. Destarte, suas reivindicações foram aumentando e chegavam ao foro trabalhista demandas para pagamento de FGTS, indenização do seguro-desemprego, horas extraordinárias, adicional noturno, férias de 30 dias e multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias, sob o argumento de que a Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, previa a não discriminação, e o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana eram fundamentos das República Federativa do Brasil.

Foi a partir disso que nos últimos anos mais e mais direitos foram reconhecidos à categoria em estudo. Com efeito, foi regulamentada a inclusão facultativa ao sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e seguro desemprego (Lei nº 10.208/01); foi vedado o desconto a título de alimentação e moradia, garantidos trinta dias de férias ao ano⁷⁹, garantido o emprego à empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (Lei nº 11.324/06).

Feita a revisão histórica dos direitos concernentes aos empregados domésticos, chega-se à EC nº 72/2013.

Entretanto, antes da abordagem relativa às alterações feitas pela EC nº 72/2013, necessário trazer a lume o porquê da sua promulgação. E, para tanto, indispensável discutir a Convenção nº 189 da Organização Internacional do Trabalho.

Esta última normativa foi aprovada em junho de 2011. Ocorre que no Brasil houve alguma resistência quanto à sua adoção, tudo porque, conforme explicam Alessandra Barichello Boskovic e Marco Antônio César Villatore⁸⁰, existem grandes divergências entre as suas disposições e as normas nacionais que regem o trabalho doméstico. A norma internacional estabelece, nos seus arts. 3º e 10º, regras sindicais e a obrigação dos Estados-Membros em assegurar o tratamento isonômico entre os empregados domésticos e os empregados comuns.

Por outro lado, como já destacado neste trabalho, o art. 7º, parágrafo único, da CRFB/88 (com a redação anterior à EC 72/13) e o art. 7º, alínea “a”, da CLT, esta-

⁷⁹ Entretanto, não foram garantidos os direitos a dobra de férias e abono de férias, previstos apenas na CLT. Ademais, as férias de 30 dias somente passaram a ser devidas para os períodos aquisitivos iniciados após a publicação da Lei nº 11.324/06.

⁸⁰ BOSKOVIC, Alessandra Barichello; VILLATORE, Marco Antônio César. *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31-32.

belecem um regime de direitos mais restrito aos empregados domésticos em comparação aos empregados comuns.

Neste diapasão, em dezembro de 2012, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 66, visando a alterar a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, no sentido de estabelecer igualdade de direitos trabalhistas entre os domésticos e os demais empregados.

A EC nº 72 foi aprovada para dar efetividade aos preceitos normativos contidos na Convenção nº 189 da OIT. A igualdade de direitos que deveria haver entre os empregados domésticos e os comuns é tão evidente que a própria Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados⁸¹ ressalta isso no seu parecer à EC, com as seguintes palavras:

Em conclusão, a medida vem em boa hora, eis que, não só amplia significativamente os direitos dos trabalhadores domésticos, mas também põe um fim a uma odiosa discriminação em relação aos demais trabalhadores, tornando mais justo o tratamento que essa laboriosa, mas pouco valorizada classe de trabalhadores, merece de seus legisladores. Com a presente proposta de emenda à Constituição, felizmente, chega-se ao fim de um ordenamento jurídico que validava diferenças injustificáveis.

A limitação constitucional de jornada, de oito horas diárias e 44 semanais passou a ser aplicada aos domésticos, assim como a remuneração do labor extraordinário com adicional de, no mínimo, 50%, reconhecimento de convenções e acordos coletivos de trabalho, proibição de diferenças salariais, exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 anos. Ademais, assegurou, ainda pendente de regulamentação, proteção contra a dispensa arbitrária, seguro-desemprego, direito ao FGTS, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, salário-família, assistência gratuita aos filhos e dependentes até os seis anos de idade e seguro de acidentes de trabalho.

Somente para se ter uma noção do alcance das disposições contidas na Convenção nº 189, citam-se os dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, de que ela é “[...]a primeira norma internacional vinculante destinada a melhorar as condições de vida de mais de 50 milhões de pessoas empregadas no trabalho

doméstico no mundo e que gera mais de 7% de todos os empregos disponíveis na América Latina e Caribe”⁸². E, só no Brasil, esse número em 2011 era de 6,6 milhões⁸³.

Fixado regime jurídico a categoria em estudo, passar-se-á à conceituação e caracterização dos diaristas domésticos⁸⁴.

2.4 O diarista doméstico

Num primeiro momento, o que chama a atenção é o título que recebe tal trabalhador, relacionado à forma como se dá a prestação de serviço e o seu pagamento, ou seja, por dia. A questão da execução de tarefas domésticas por diaristas retornou à cena em razão da expansão dos direitos conferidos aos empregados domésticos.

Não foram poucos os empregadores domésticos que dispensaram os seus empregados antes da entrada em vigor da EC nº 72/2013, passando a contratar os seus serviços por dois ou três dias da semana, tudo com o objetivo de afastar a configuração do vínculo de emprego.

Ademais, poucos são os empregados domésticos que possuem registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, como bem destacam Thays Almeida Monticelli e Marlene Tamanini⁸⁵:

O número de trabalhadoras domésticas com carteira assinada no país é de apenas 29,3 % entre as seis milhões nessa categoria profissional (PNAD, 2011), indicando a baixa formalização do trabalho e reafirmando o quanto o impacto das conquistas no campo legislativo ainda tem baixa repercussão nas práticas cotidianas.

A falta de formalização da relação de emprego doméstica ocorre em razão da dificuldade de fiscalização pelos auditores do trabalho.

⁸¹ Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/123807.pdf>>. Acesso em 4 de abril de 2015.

⁸² Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/content/entra-em-vigor-convencao-sobre-trabalho-domestico-da-oit>>. Acesso em 4-4-2015.

⁸³ Segundo informações do DIEESE. Disponível em <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>>. Acesso em 5 de abril de 2015.

⁸⁴

2.4.1 Definição do diarista

O diarista é considerado um trabalhador autônomo. A respeito desta categoria [autônomo], Maurício Godinho Delgado aduz que “[...]os diversificados vínculos de trabalho autônomo existentes afastam-se da figura técnico-jurídica da relação de emprego essencialmente pela falta do elemento fático-jurídico da subordinação”. E, ainda, que pode faltar o elemento da pessoalidade⁸⁵. Ou seja, a espécie em questão possuiria autonomia na forma de realização dos serviços pactuados.

Sobre a questão, afirma Octavio Bueno Magano⁸⁷:

Do empregado o trabalhador autônomo se distingue porque não trabalha mediante subordinação; do eventual se diferencia porque sua atividade é habitual, enquanto a do último é fortuita. A independência e a habitualidade são pois as notas com base nas quais se caracteriza o trabalhador autônomo. [...] Conclui-se, então, que o trabalhador autônomo é a pessoa física que exerce habitualmente e por conta própria uma determinada atividade econômica. Essa Definição, como se vê, está em harmonia com o conceito legal de trabalhador autônomo, a saber, “o que exerce habitualmente e por conta própria atividade profissional remunerada, conceito que parece a Russomano de razoável precisão. Para nós, tornar-se-ia preciso se dele de expungisse a palavra profissional.

Rodolfo Pamplona Filho e Marco Antônio César Villatore⁸⁸ são enfáticos ao afirmar que a polêmica entre o enquadramento como empregado doméstico ou como diarista não se justifica, tudo em razão da impossibilidade de confusão entre o trabalho contínuo com atividade permanente ou não-eventual. Neste sentido, citam Antônio Carlos de Oliveira⁸⁹, para quem

Serviços de natureza não-eventual ou são contínuos ou são descontínuos, e nem por isso deixa de o seu prestador ser considerado empregado comum. O essencial é que sejam permanentes na empresa, ainda que o obreiro os preste sem continuidade. É o caso do garçom que trabalha em certo restaurante aos sábados e domingos. Para o restaurante seus serviços não são eventuais, pois atendem à finalidade do estabelecimento, embora prestados intermitentemente, descontinuadamente.

⁸⁵ MONTICELLI, 2013, p. 226.

⁸⁶ DELGADO, 2012, p. 336.

⁸⁷ MAGANO, 1993, p. 154.

⁸⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. 3. e. São Paulo; LTr, 2006, p. 57.

⁸⁹ OLIVEIRA, Antônio Carlos de. *O conceito de Empregado Doméstico*. in *Jornal do IV Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho*, promovido pela LTr, São Paulo, 25 a 27 de março de 1996, p. 82, apud PAMPLONA FILHO, 2006, p. 58.

Ademais, os juristas em questão citam dois outros elementos que descaracterizam a atividade da diarista como doméstica, a subordinação e a exclusividade. O primeiro evidenciado pela liberdade de prestação das atividades pela diarista (dia e horário); o segundo, porque, embora não seja indispensável para a configuração da relação de emprego, indicaria um elemento do contrato civil de prestação de serviços⁹⁰.

Alice Monteiro de Barros⁹¹ sustenta que “[...]não é doméstica a trabalhadora de residência que lá comparece em alguns dias da semana, por faltar na relação jurídica o elemento continuidade”. E, como a legislação brasileira não dispôs sobre critérios objetivos para definir que seria a “continuidade” a que se refere a lei, a jurista em questão sugere que deve ser aplicado o direito comparado, nos termos que se seguem,

Entendemos possa ser aplicado, aqui, supletivamente, o Direito Comparado, como autoriza o art. 8º da CLT. A legislação da Argentina, país como o Brasil, integrante do Mercosul, oferece um exemplo razoável do que seja contínuo para fins de trabalho doméstico, isto é, a atividade realizada por mais de quatro dias na semana, por mais de quatro horas, por um período não inferior a um mês. À falta de previsão legal no Brasil do que seja serviço contínuo, o critério acima tem respaldo no art. 8º da CLT e favorece a harmonia da interpretação atinente ao conceito em exame entre as legislações dos dois países integrantes do Mercosul, evitando interpretações subjetivas e, conseqüentemente, contradições a respeito da temática⁹².

Para Maurício Godinho Delgado⁹³, “[...]configuraria trabalhador eventual doméstico - por incidência da teoria da descontinuidade, adotada expressamente pelo art. 1º, Lei nº5.589/72 - a chamada diarista doméstica, que labora em distintas residências, vinculando-se a cada uma delas apenas uma ou duas vezes por semana”. A lógica é que se o trabalhador estiver em um regime de labor semanal, de mais dois dias por semana, estará, por consequência, laborando mais da metade da duração semanal do trabalho (excluído o dia de repouso semanal). Assim, seria juridicamente contínua a prestação de labor por três ou mais dias na semana⁹⁴.

A premissa adotada pelo jurista em questão parte da regra geral adotada pelo ordenamento justicista, de que a fração de cinquenta por cento ou superior será

⁹⁰ OLIVEIRA, 1996, p. 58-59.

⁹¹ BARROS, 2009, p. 348.

⁹² Idem, ibidem, p. 352.

⁹³ DELGADO, 2012, p. 373

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 373-374.

adotada como parâmetro para a produção dos efeitos jurídicos relativos ao todo. Isso acontece com o décimo terceiro salário⁹⁵, férias proporcionais⁹⁶, por exemplo.

Entretanto, insta esclarecer que até 2015 definição de diarista decorre de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, visto que não há no ordenamento positivado tal previsão⁹⁷.

Pode-se destacar que são erigidos como critérios para a caracterização dos empregados domésticos, conforme os doutrinadores citados, a subordinação, continuidade da prestação dos serviços (em contraponto à eventualidade) e exclusividade do tomador dos serviços.

Mas há quem defenda um enquadramento na categoria dos empregados domésticos levando aspectos distintos em consideração e desconsiderando alguns dos citados, conforme a seguir.

Para Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo a EC nº 72/2013 foi um avanço no sentido de reconhecer o trabalho doméstico com a mesma dignidade do que as outras categorias. Destacam eles que a figura dos se diaristas trata de uma anomalia, porque são negados a ela os poucos direitos reservados aos domésticos. Assim, defendem que se a CLT e a Lei dos Empregados Domésticos não exigem que haja exclusividade da relação de emprego e, sendo constatado o serviço contínuo (previsível)⁹⁸, deveria haver o reconhecimento do vínculo de emprego⁹⁹.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 4.090 de 1962. *Institui a gratificação de natal para os trabalhadores.*, art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

[...]

§2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)

⁹⁷ A Lei Complementar nº 150/2015 adotou expressamente o raciocínio de que mais de dois dias semanais de periodicidade configuram o contrato de emprego doméstico.

⁹⁸ Esclarece-se que para Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo, a continuidade da relação não está ligada ao número de dias trabalhados durante a semana, mas à previsibilidade da prestação de serviços pelo trabalhador.

Nesta toada, afirmam que “o ‘diarista’, assim como o ‘quinzenalista’ ou o ‘mensalista’ deve ser reconhecido como trabalhador com todas as consequências que daí decorrem, a começar pelo direito constitucional à relação de emprego”¹⁰⁰. E mais adiante destaca-se:

O susto que parece sempre acompanhar até mesmo as mais tímidas mudanças em prol de uma lógica social nas relações pessoais não é novidade, mas é algo a ser combatido. Como em 1888, estamos atrasados. O que temos a fazer agora, não é alardear o término do trabalho doméstico, como se dele não fôssemos, em várias situações, absolutamente dependentes enquanto ‘empregadores’. Precisamos, isso sim, reconhecer o caráter de emprego doméstico também à diarista. Superar um jurisprudência casuística, que modifica conceitos a seu bel-prazer, assimilando a continuidade ao número de dias trabalhados na semana (três dias, têm vínculo, dois dias, não)¹⁰¹.

Em referência à diferenciação entre os empregados domésticos e os diaristas, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante¹⁰² adotam postura no sentido de que

Geralmente, as diaristas possuem vários tomadores de seus serviços, comparecendo em dias alternados e fixos nas residências de famílias ou de pessoas, prestando os serviços e recebendo o pagamento ao final do dia trabalhado.

O serviço prestado é contínuo, mas intermitente, ou seja, o comparecimento é repetido a cada número de dias.

Para alguns doutrinadores, o caráter contínuo é o que se repete diariamente para um único tomador dos serviços.

Para outros, o caráter contínuo também existe para os serviços intermitentes, os quais são repetidos em dias certos e pré-contratados junto ao tomador. A teoria da fixação salienta que eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho. Já o empregado é aquele que se fixa a uma fonte de trabalho. A fixação é jurídica, ou seja, o eventual possui vários tomadores de seus serviços, porém, como é de curta duração, não se fixa ao poder diretivo de um único empregador, ao contrário dos trabalhadores subordinados. É o caso da diarista na área urbana e o boia-fria na área rural. Mas se o trabalho das diaristas ocorrer em alguns dias da semana, intermitentemente, porém habitual, de trabalhadora eventual passa a ser empregada doméstica. No caso delas, de forma reiterada, possuem vários empregos; no entanto, em cada um deles, têm dias já previamente designados; assim, laboram semanas, meses e, em alguns casos, vários anos.

Já posição defendida por Lida Matico Nakagawa¹⁰³, é nos seguintes termos:

⁹⁹ ALMEIDA, 2013, p 65-66.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 65-66.

¹⁰¹ ALMEIDA, 2013, p. 66.

¹⁰² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7ª. ed. Atlas: São Paulo, 2013, .p. 1092

¹⁰³ NAKAGAWA, Lidia Matico; LIMA, Neusa Maria Corona; MARUNO, Neusa. *Conheça tudo sobre empregado doméstico*. 7ª ed. LTr: São Paulo, 2005, p. 17-18.

O seu enquadramento [diarista] como doméstico é de natureza controvertida, havendo quem considere que o prestador de serviços que trabalha por dia, no âmbito residencial, não deve ser assim considerado.

Este não é o nosso entendimento. Se o chamado “diarista”, comumente designado “faxineiro”, prestar serviços mais de uma vez por semana à mesma pessoa física, cumprindo uma jornada regular, habitualmente nos mesmos dias da semana e recebendo ordens, ele é, para efeitos legais, considerado doméstico.

Se o diarista pudesse livremente, todas as semana, determinar o dia e a quantidade de horas de sua prestação de serviços, poderia se cogitar do seu não-enquadramento como domésticos.

Mas, por se tratar de situação de difícil comprovação no caso de uma ação trabalhista, o correto é enquadrá-lo como doméstico, quando a sua prestação de serviço, no âmbito residencial, for superior a uma vez por semana.

Esposando o mesmo posicionamento doutrinário, Sergio Pinto Martins:

Não vemos como fazer distinção entre continuidade, prevista no art. 1º da Lei nº 5.859/72 para caracterizar o empregado doméstico, e a não-eventualidade, encontrada na definição de empregado do art. 3º da CLT. O próprio professor Magano (1992, v. 2:49-50) entende que um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade, mostrando ser este pacto um contrato de trato sucessivo, de duração. Quanto aos domésticos, “os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias etc.”, não afetando a caracterização do trabalhador doméstico (Rodriguez, 1978:105).

Inexiste eventualidade na prestação de serviços de uma faxineira que vai toda semana, por longos anos, à residência da família, sempre nos mesmos dias da semana. Ao reverso, há continuidade na prestação de serviços, que são realizados no interesse do empregador, pois as atividades de limpeza e lavagem de roupas são necessidades normais e permanentes do empregador doméstico.

Portanto, conforme os excertos acima, vê-se que há dissenso doutrinário sobre a conceituação do diarista.

E ainda, em apreço aos comentários de Jorge Neto e Cavalcanti¹⁰⁴, quando se referiram à época em que o Brasil não havia ratificado a Convenção nº 189, destaca-se o seguinte:

O art. 1º da Convenção 189 indica: (a) o termo “trabalho doméstico” designa o trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios; (b) o termo “trabalhadores domésticos” designa toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho; (c) uma pessoa que executa o trabalho doméstico ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada como trabalhador doméstico.

¹⁰⁴ JORGE NETO, 2013, p. 1092-1093.

No Brasil, o conceito de empregado doméstico está previsto no art. 1º, da Lei 5.859/72.

Pela Convenção 189, a diarista deve ser considerada trabalhadora doméstica. Apesar de executar serviços para vários tomadores, é inegável que a execução reputa-se uma verdadeira ocupação profissional.

Ante a conclusão exarada pelos doutrinadores naquela época e tendo em conta que a Convenção nº 189 da OIT foi ratificada pelo Brasil no ano de 2012, resta fixar que atualmente o diarista doméstico seria na verdade um empregado doméstico.

Até agora, viu-se que pelo prisma da continuação no tempo, a relação havida com o empregado comum deve ser no mínimo não-eventual, enquanto a relativa ao empregado doméstico deve ser contínua (conforme a maior parte da doutrina). Por fim, o diarista é caracterizado pela eventualidade¹⁰⁵.

Tendo em vista que são os tribunais que consignam como o direito deve ser aplicado ao caso concreto e, em razão de não se poder quedar tão somente no plano doutrinário, destaca-se a seguir alguns precedentes judiciais.

2.4.2 Precedentes judiciais

É sabido que da regra criada pelo legislador extraí-se a norma, a qual, conforme critérios ligados a diversos fatores - históricos, sociais, geográfico, cultural, subjetivo - pode não ser a mesma, embora o texto da lei o seja¹⁰⁶. Nas palavras de Tercio

¹⁰⁵ Octavio Bueno Magano afirma que “Eventual corresponde a casual; fortuito; que pode acontecer ou deixar de acontecer. Logo, trabalhado eventual é o casual, o fortuito, o que pode deixar de acontecer, o temporário, o contrário do trabalho habitual. Aplica-se, pois, aqui, o magistério de Barassi, consoante o qual a eventualidade não é senão o aspecto negativo da continuidade. Por isso mesmo, não há muita diferença entre o eventual e o empregado comum; os dois se identificam em tudo, inclusive no que toca à prestação de trabalho mediante subordinação; distinguem-se apenas por não ser contínua a atividade do primeiro” (MAGANO, 1993, p. 147).

¹⁰⁶ Interessante registrar a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr: “Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Este uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, a sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nestes termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Este sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 253)

Sampaio Ferraz Jr, “[...]é hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação”¹⁰⁷. Tal discussão ocorre primordialmente nos tribunais, de onde é emanada uma decisão investida de autoridade e competência para tanto.

Buscar-se-á destacar decisões que abordam a discussão sobre a caracterização do empregado doméstico e do diarista, demonstrando o casuísmo e subjetivismo que permeia as teses.

Em primeiro lugar, destaca-se a decisão proferida em sede de recurso de revista, da lavra do Ministro do TST Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

RECURSO DE REVISTA - DIARISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NÃO CONFIGURADO. A prestação de serviços em residência durante três ou quatro vezes por semana, porque não contínua, é insuficiente para configurar relação de emprego doméstico, nos moldes preconizados na Lei n.º 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-2300-89.2002.5.01.0040, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.ª Turma, DEJT 18/6/2010.)

Da decisão se extrai que o trabalhador que labore três ou quatro vezes na semana não possui uma relação de continuidade com o seu tomador de serviços. Ou seja, somente poderia ser enquadrada como contínua a prestação de labor em cinco dias da semana.

O próximo julgado a ser analisado é de relatoria do Ministro do TST Renato Lacerda Paiva, ementado da seguinte forma:

(...) VÍNCULO DE EMPREGO- CARACTERIZAÇÃO . A teor do art. 1.º da Lei n.º 5.859/72, constitui elemento indispensável à configuração do vínculo de emprego doméstico, a continuidade na prestação dos serviços. Assim, sendo incontroverso que a Reclamante somente trabalhava duas vezes por semana para a Reclamada, não há como reconhecer-lhe o vínculo empregatício. Ademais, esta Corte, já vem decidindo que no caso de diarista doméstica, que labore apenas uma ou duas vezes por semana em residência, não se vislumbra o vínculo de emprego, mas apenas prestação de serviços, que, inclusive, seria paga após o dia de trabalho. Recurso de revista não conhecido." (RR-149500-77.2004.5.01.0025, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2.ª Turma, DEJT 8/10/2010.)

Do caso em comento se conclui que há evidenciada uma linha divisória entre os trabalhadores que podem ser enquadrados como empregados domésticos e os que

¹⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 264.

remanescem na categoria dos diaristas. Dois dias semanais não ensejam o reconhecimento na primeira categoria, e três geram essa consequência.

O próximo aresto, cujo relator foi o Ministro do TST Guilherme Augusto Caputo Bastos apresenta outro entendimento:

3. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONHECIMENTO. É cediço que a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Colenda Corte Superior é no sentido de que a atividade de diarista exercida durante três dias por semana para empregador doméstico não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego. No entanto, essa não é a hipótese dos autos, porquanto a prestação de serviços ocorreu em favor de pessoa jurídica e, para tanto, não se aplica a mesma limitação quanto ao número de dias de trabalho por semana, conforme entendimento da SBDI-1. Dessa forma, não há falar em violação dos artigos 2º e 3º da CLT. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 101200-63.2009.5.05.0101 Relator Ministro:Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 07/03/2014).

Com efeito, afirmou ministro Caputo Bastos que três dias de trabalho por semana não enseja a caracterização de empregado doméstico.

Por sua vez, a decisão prolatada pelo desembargador convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, o qual aplicou regra distinta da vista no julgado anterior. Veja-se:

(...). RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. Admitida a prestação de serviços, é da reclamada o ônus de provar que ela não ocorria sob a égide da Lei 5.859/72, competindo ao tomador afastar algum ou alguns dos elementos constitutivos da relação de emprego, previstos na referida lei, especialmente a ausência de continuidade na prestação de serviços. Todavia, diante do teor das provas consignadas no v. acórdão, tenho que a reclamada não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inexistência do vínculo empregatício doméstico, sendo certo que o fato de a reclamante trabalhar três dias por semana evidencia o elemento da continuidade na prestação dos serviços, uma vez que as tarefas cumpridas pela autora integravam a rotina semanal da residência, reforçando a continuidade existente na relação. Recurso de revista conhecido e desprovido. (RR - 1557-15.2011.5.02.0015 Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, 2ª Turma, DEJT 31/03/2015.)

Para o caso acima, a regra utilizada foi de que três vezes na semana bastam à caracterização do vínculo empregatício.

Também no sentido de que a prestação de trabalho por três vezes na semana configuraria o vínculo empregatício, a seguinte decisão da Lavra da Ministra do TST Maria de Assis Calsing:

RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPREGADO DOMÉSTICO. TRABALHO PRESTADO TRÊS VEZES POR SEMANA. Empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas. Evidenciando-se do contexto fático que a Autora laborou para a Recorrida por onze anos, com exclusividade, e em três dias na semana, afigura-se de natureza contínua a prestação de trabalho, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 5.859/72. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR - 1132-47.2011.5.01.0069 Data de Julgamento: 22-04-2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DETJ 24-4-2015)

Do precedente acima destaca-se que o órgão julgador acresceu um aspecto para caracterizar o vínculo, a exclusividade, o qual será devidamente abordado em momento oportuno, além de que frisou-se o longo interregno da relação, onze anos.

Dando interpretação diferenciada à expressão “contínua” usada no texto legal, destaca-se o seguinte precedente, de relatoria do Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, José Felipe Ledur, em decisão em recurso ordinário:

VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. A periodicidade reconhecida nos serviços de faxina caracteriza continuidade na prestação dos serviços. Mesmo que o trabalho tenha sido prestado de forma intermitente, as segundas-feiras e sextas-feiras, esse fator não descaracteriza a habitualidade. Presentes os demais requisitos contidos na relação de emprego. Vínculo reconhecido. Recurso a que se dá provimento. (Processo RO 0128900-39.2003.5.04.0008, Data: 17/03/2005, Órgão julgador: 1a. Turma, Redator: José Felipe Ledur)

Como se pode denotar da ementa acima colacionada, a continuidade foi valorada conforme a periodicidade da prestação de serviços, e não com a criação de critérios objetivos (dias trabalhados na semana) inexistentes na lei.

A intenção ao colacionar estas decisões ao trabalho é a de demonstrar que ainda não há uma regra unânime e um total consenso nem mesmo na corte superior trabalhista a respeito do conceito do alcance da expressão “continuidade” como requisito legal para a configuração do emprego doméstico.

Não objetiva-se traçar um histórico e nem uma evolução das decisões, mas tão somente demonstrar o dissenso existente entre os precedentes¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Demonstrando a desinformação que essa titubeação entre as turmas do TST causa, citamos a notícia veiculada no sítio eletrônico Valor Econômico, no seguinte sentido: “O empregado doméstico é pessoa física que presta serviços a pessoa física o família por mais de dois dias por semana”. Ou seja, aufere-se ar de certeza no que não há. (disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/4038590/senado-aprova-pec-das-domesticas-com-inss-de-8-e-32-para-demissao>>, acesso em 7-5-2015).

O próximo passo do estudo será perquirir se as disposições legais e/ou decisões judiciais concernentes à questão, de alguma forma, violam o preceito da isonomia, o que será feito em duas categorias: a) na diferenciação entre o empregado doméstico e o comum; e, b) na diferenciação entre o empregado doméstico e o diarista doméstico.

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE EMPREGADOS COMUNS E EMPREGADOS DOMÉSTICOS E DESTES EM RELAÇÃO AOS DIARISTAS: UMA POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

3.1 O mito das leis

Para introduzir o posicionamento adotado neste trabalho sobre o significado das leis, indispensável discorrer sucintamente sobre a historicidade que o assunto envolve.

Encampar-se-á a desconstrução histórica feita pelo professor Paolo Grossi, na obra *Mitologias Jurídicas da Modernidade*¹⁰⁹. Nesse trabalho, afirma-se que o historiador que o jurista moderno aceitou um emaranhado de verdades axiomáticas de modo submisso, o qual não foi questionado em razão de um projeto mistificador. Tal processo teria levado à absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, fazendo com que o mecanismo de conhecimento de antes passasse a ser, num segundo momento, de crença¹¹⁰.

Explica o eminente jurista que o direito moderno é marcado pela influência do poder político, o qual confere uma visão imperativista, imposta de cima para baixo, ocasionando, como efeito nefasto, “[...] a perda da dimensão sapiencial do direito”. Para citar palavras suas:

Isso porque uma visão desse tipo somente pode se concretizar em um sistema legislativo que tenha apenas uma fonte plenamente expressiva da juridicidade, ou seja, a lei. Uma lei - essa dos modernos - que se concretiza mais em um ato de vontade do que em um ato de conhecimento. Pode também ocasionalmente ser redigida por sábios e ter um grande conteúdo sapiencial, mas tem a sua força não no conteúdo, e sim no fato de provir do órgão máximo de poder político. Ainda que, depois, venha artificialmente se identificar na assembléia legislativa, o representante único da vontade popular, e na lei, a expressão única da vontade geral, trata-se somente de presunções absolutas e de verdades axiomáticas cunhadas por uma hábil estratégia de política e direito¹¹¹.

¹⁰⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed. Fundação Boateux, 2007.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*., 2007, p. 13-14.

¹¹¹ GROSSI, 2007, p. 15.

A consequência da vitória das convicções imperativas - que leva à perda da dimensão sapiencial - é, além da subtração do direito de uma classe de indivíduos competentes (os juristas, sejam magistrados ou mestres teorizadores), a perda do caráter ôntico do direito, visto como fisiologia da sociedade, a leitura da realidade sociedade, traduzida em regras¹¹².

Questiona-se até que ponto o partido político, dentro de uma partidocracia democrática, é o reflexo do povo soberano. E ainda, como poderia ser a lei tida como justa se ela é passível de todo tipo de conteúdo, podendo, portanto, ser vazia de conteúdo. Desta maneira, porque se continuaria mantendo a infalibilidade e a irresponsabilidade jurídica dos detentores do poder político quando as responsabilidades recaem mesmo sobre os membros administrativos do Estado, sobretudo, o Poder Judiciário? Será que não teria-se chegado no momento de rever esse processo contínuo de privatização do direito?¹¹³

Examinando este modelo de ordenamento jurídico, o pesquisador aponta as suas raízes na era medieval, quando então existia somente (primeiramente) o direito, vindo a entrar em cena o Poder Político somente depois (segundo momento). É neste sentido que salienta que “na cidade medieval, o direito repousa nos estratos profundos e duradouros da sociedade como fosse uma ossada secreta, estrutura escondida dessa”¹¹⁴.

Com maior prevalência no ramo do direito privado, os canais de fora do direito são formados por um denso florescer de costumes e com poucas intervenções estatais (no caso, do Príncipe), ao revés dos tempos atuais, quando então surgem particularismos e empobrecimentos em razão do atual sistema legislativo. Com isso, tem-se que direito, àquela época, era realidade intimamente e profundamente ligada com os fatos primordiais da sociedade¹¹⁵.

Por isso, o direito não era uma marionete do Príncipe, possuindo uma verdadeira e legítima onticidade, porque proveniente da ordem objetiva, sendo descoberto e

¹¹² Idem, ibidem, p. 16.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 16-17.

¹¹⁴ Idem, ibidem, p. 29

¹¹⁵ Idem, ibidem, 29-30.

lido por uma classe de sábios (mestres, juízes e tabeliães). Em suma, um direito construído da interpretação¹¹⁶.

Entretanto, a *lex*¹¹⁷ medieval deu espaço à *loy*¹¹⁸ moderna. O problema todo aparece quando do surgimento de uma lei injusta. Neste sentido, a justiça sempre teria sido o objetivo do ordenamento jurídico, mostrando-se, entretanto, como um objetivo exterior; assim, aos cidadãos somente resta aguardar e ter esperança de que os produtores das leis (detentores do poder político) ajustem-se a tais ideais, devendo, de qualquer modo, prestar obediência à lei, mesmo sendo ela injusta¹¹⁹.

E o novo Príncipe, resultado da monarquia francesa do século XI ao XVIII, é aquele que neste novo projeto político concentra em si o fim de todas as justificações, como potência absoluta e perpétua¹²⁰. A partir deste novo paradigma toda e qualquer forma de pluralismo social e político foi sendo combatido. É uma verdadeira tomada de consciência pelo Príncipe. A lei se torna então um ato puro, no qual o que importa não é o seu conteúdo, mas a sua origem, o poder soberano. Assim nasceu a mística da lei, acolhida pela Revolução Industrial sob o acobertamento de simulacros democráticos e, pior, acolhida como uma conquista, sendo sacra a lei injusta e promulgada por um soberano idiota¹²¹.

E, ainda no objetivo de transportar a discussão para o tempos atuais, remete-se à leitura de Ferdinand Lassale, quando, na obra “A essência da Constituição”, cita como os fatores reais de poder a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e a pequena burguesia e classe operária¹²². A leis, assim, também são influenci-

¹¹⁶ GROSSI, 2007, p. 31.

¹¹⁷ O autor usa o termo *lex* na concepção cunhada por São Tomáz de Aquino, extraído da *Summa Theologiae*, *Prima, Secundae*, q. 90, art. 4º, no sentido ser a expressão de um “ordenamento da razão voltado ao bem comum, proclamado por aquele que possui o governo de uma comunidade” (GROSSI, 2007, p. 32).

¹¹⁸ Em contraponto à *lex* medieval, a *loy* moderna é a expressão da vontade do Príncipe, essa uma dimensão volitiva e aquela uma dimensão cognitiva. Por isso, na obra é criticada a análise sobre a razoabilidade da lei, esta cabível somente em relação à *loy*, numa visão estritamente legalista, porque a *lex*, seria a razão em si mesma (GROSSI, 2007, p. 32-34).

¹¹⁹ Grossi, 2007, p. 24.

¹²⁰ Nos termos utilizados pelo cientista político francês, Jean Bodin.

¹²¹ GROSSI, 2007, p. 35-40.

¹²² LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3ª ed. Liber Juris; Rio de Janeiro, 1988. p. 29-37.

adas pelos fatores reais de poder, em maior ou menor grau, mais por determinado setor da sociedade do que outro, o que gera em última instância uma preterição¹²³.

No mesmo caminho de compreensão das normas, destaca-se a inolvidável lição que pode ser obtida com o estudo da obra “A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?”¹²⁴, cunhada pelo Abade Sieyès (Emmanuel Joseph Sieyès), então político à época da Revolução Francesa.

Para o presente estudo o que mais interessa nesta obra é o fato de o autor afirmar que os trabalhos particulares poderiam ser resumidos em quatro classes, dentre as quais a quarta seria composta pelos trabalhadores particulares e de serviços diretamente úteis para o indivíduo, sendo ela preenchida por profissões científicas e as liberais mais consideradas e mesmo os empregados domésticos. Todas estas atividades estariam compreendidas no Terceiro Estado, que também pode ser seccionado em duas vertentes sociais: os camponeses de um lado (artesãos, operários, pobres das cidades) e os comerciantes, banqueiros, arrendatários e proprietários de manufaturas, todas também desprovidos de privilégios (esses usufruídos pelo clero e pela nobreza). Era uma classe politicamente humilhada, porque só exercia as suas atividades em razão dos benefícios provenientes da tributação.

Sustenta o político francês que o Terceiro Estado era a própria nação, sendo esta o fundo representativo político para se poder promulgar uma constituição realmente representativa. Ocorreu que, em 1788, quando da convocação das eleições gerais, o Terceiro Estado estava representado por banqueiros, comerciantes, notários e outros dotados de propriedade e poder econômico. Neste sentido, os representantes do Terceiro Estado que ocuparam os lugares nos Estados Gerais eram essa última parcela, uma minoria que defendia os próprios interesses, lembrando que esse órgão consultivo se declarou, em 17 de junho de 1789, Assembléia Nacional, momento em que a insurreição popular já era grande. Assim, em 9 de julho de 1789, a Assembléia Nacional se declarou Assembléia Constituinte. Em 26 de agosto de 1789 foi promulgada a Declaração de

¹²³ Prova disso foi a aprovação pela Câmara dos Deputados, em 28-4-2015, do Projeto de Lei 4148/08, por meio do qual não será mais necessário sejam identificados os alimentos que contenham transgênicos. Ora, a preterição da sociedade, e sobretudo do consumidor, é inegável. Há, ademais, uma violação ao direito de informação. Isso é resultado dos interesses do mercado agrícola produtor de transgênicos - fator real de poder. Espera-se que o Senado não aprove este texto de lei.

¹²⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État? 4ª ed. Traduzido por Norma Azeredo. Lumen Juris: Rio de Janeiro; 2001.

Direitos do Homem e do Cidadão¹²⁵, marco de uma nova era e que se tornou a base das Constituições democráticas modernas.

Ainda, seguindo a linha desmistificadora da instituição que é a lei no ordenamento jurídico, não se pode olvidar do texto “O Monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas”¹²⁶, de autoria do professor Luis Alberto Warat. Ali se discute o atual panorama do discurso jurídico, principalmente, quem cria este discurso, quais os valores incutidos nele, os seus objetivos (real e simbólico). Explica, em leitura acessível, que as normas, princípios e decisões jurídicas são emanadas das altas autoridades - as quais ocupam o “monastério” - vinculando a sociedade no sentido de criar uma cultura geral (massificação), suprimindo desejos, pondo-os no lugar austral da proibição. Assim, somente será desejado o que não for proibido. É o adestramento da sociedade.

Mas, ocorre que essa bitolação social passa por uma instância justificadora científica, passando então a ter valor de dogma. Esse método não passaria de um conjunto de elementos ilusórios que constroem uma realidade incontestável, exatamente porque seria científica. O homem posicionado na base social - e não no monastério - acredita que obedece a lei, e não outro homem. Aí é que nasce o sentido comum teórico, uma construção subjetiva pré-ordenada. O resultado disto é que mesmo que o sujeito crie um novo discurso, ele estará reproduzindo o discurso do poder vigente. Tal mecanismo de controle concretiza-se pela manipulação da linguagem, permeada de conceitos carregados de ideologias previamente escolhidas ou delas esvaziadas (silêncios propositais). É desta maneira que o Estado elimina campos do saber.

É ante este panorama que Luis Alberto Warat sugere que o indivíduo que tenha por ventura se desvencilhado do jugo ideológico-institucional se faça um ponto de resistência, demonstrando postura contrária ao “sentido comum teórico”. E essa resposta contra o mito do fetiche do direito só pode ocorrer de maneira homeopática, por-

¹²⁵ “Homens nascem livres e iguais em direitos; todos são iguais perante a lei; todos os cidadãos têm direito à liberdade, à propriedade e à segurança; a propriedade é um direito inviolável e sagrado; todos os cidadãos têm direito de resistência à opressão”. Fonte: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 13-5-2015.

¹²⁶ WARAT, Luiz Alberto. *O monastério dos sábios: sentido comum teórico dos juristas*. In: *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002

que, caso contrário, somente uma revolução seria apta a quebrar toda uma ilusão epistemológica, semiológica e gnoseológica¹²⁷.

Assim, tem-se que a lei carrega em si valores que podem não ser os ideais a quem ela se dirige, tudo em função dos fatores reais de poder, os quais, registre-se, nem sempre são negativos. E neste mesmo sentido tem-se que a representatividade, por também alinhar-se a determinados valores, pode não representar a vontade legítima do povo¹²⁸. Por isso, nem todos os diplomas legislativos podem ser considerados em armo com o ordenamento jurídico.

Feitos tais delineamentos sobre o posicionamento que este trabalho adota perante a lei, proceder-se-á à análise do conteúdo do princípio da isonomia, para posterior estudo da Lei dos Empregados Domésticos e as suas disposições.

3. 2 O conteúdo do princípio da isonomia

No ordenamento jurídico pátrio a regra correspondente a este princípio se encontra insculpida no art. 5º, *caput*¹²⁹, da CRFB/88, no sentido de estabelecer a igualdade de todos perante a lei, além de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sobre o tema, também se mostra indispensável citar José Afonso da Silva¹³⁰, de cuja lavra se pode extrair o seguinte ensinamento:

A firmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em di-*

¹²⁷ WARAT, Luiz Alberto. *O monastério dos sábios: sentido comum teórico dos juristas*. In: *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, v. 2, p. 57-99.

¹²⁸ Exemplificando um fator real de poder atualmente em voga, citamos o financiamento das campanhas eleitorais por intermédio de verbas privadas, as chamadas *contribuições de campanha*, o que só se pode considerar um eufemismo para a primeira expressão. O que mais as entidades privadas almejam ao financiar as campanhas de políticos senão exercer poder de voto dentro das casas legislativas?

¹²⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 217.

reito. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea.

José Afonso da Silva ministra que quando se dispõe da “igualdade perante a lei”, a sua compreensão literal se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei não discrepa em tratamento grupos distintos. Assim, o entendimento a respeito dele deve levar em conta outras normas constitucionais e, especialmente, as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e social. Considera-se que o art. 5º, *caput*, da CRFB/88 estabelece a isonomia formal, enquanto o art. 7º, incisos XXX e XXXI¹³¹, estabelece a isonomia material¹³².

Diferenciando as duas formas de aplicação do princípio em comento asseire o professor que:

No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na* lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade *na* lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade *perante* a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na* lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos.

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: *o princípio tem destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.* (...) ¹³³

Portanto, conforme os excertos destacados, muito embora no Direito brasileiro não se faça a distinção entre a igualdade formal e material, o princípio da isonomia abarca estas duas hipóteses, sendo a mais relevante para o presente trabalho a igualdade

¹³¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

(...)

¹³² SILVA, 1999, p. 217-218.

¹³³ Idem, ibidem, p. 218.

“na lei”, entendida como a vedação à realização de distinções não autorizadas na Constituição.

Ainda, concernentemente ao estabelecimento de normas que prescrevem tratamentos desiguais, insta trazer a lume os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o preceito da isonomia resta violado nas seguintes hipóteses:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita¹³⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que existem diferenciações realizadas pelo ordenamento jurídico, mas que estão em total consonância com o princípio da isonomia, entretanto, alerta que

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição¹³⁵.

Expostos os termos gerais provenientes do princípio da isonomia e os parâmetros adotados para verificar sua eventual violação, há se ressaltar, ainda dentro do preceito em questão, regras específicas à seara *juslaboral*.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.47-48.

¹³⁵ Idem, *ibidem* p. 17.

3.3 O princípio da isonomia na seara juslaboral: uma contraposição de forças

Com efeito, os incisos XXX, XXXI e XXXII¹³⁶ do art. 7º da CRFB/88, incrustados no Capítulo dos Direitos Sociais, dispõem que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a proibição de diferença de salários, exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade cor, ou estado civil, além da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, e, por fim, proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Ainda dentro do sistema de proteção da relação de emprego, Maurício Godinho Delgado¹³⁷, quando leciona que o Princípio da Proteção

informa que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro -, visando a retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Com efeito, conclui-se que existe todo um universo de preceitos que visam a proteger a parte mais debilitada da relação empregador-empregado. Mas toda essa hipossuficiência de um sujeito em relação ao outro só pode ter origem no poder econômico que a parte contratante geralmente possui. Afinal de contas, ela despende pecúnia¹³⁸ em troca de uma prestação, no caso do presente estudo, de caráter braçal (limpeza da casa, sua organização, cozinhar, etc).

¹³⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

(...)

¹³⁷ GODINHO, 2012, p. 193.

¹³⁸ Apesar de usarmos a expressão “pecúnia”, não olvidamos que a contraprestação pelo trabalho pode ser dar com alimentação, habitação, vestuário e prestações *in natura*, nos termos do art. 458 da CLT e conforme a praxe demonstra.

Decorrencia lógica é que essa contraposição de valores se dá entre os direitos e garantias individuais e normas trabalhistas *versus* o direito de propriedade, mais especificamente o patrimonial, porque o ato de omitir-se ao cumprimento da lei trabalhista ocorre em função da economia gerada ao polo mais poderoso desta relação (empregador); conseqüentemente, a esfera de direitos do trabalhador é diminuída.

E sobre o Direito de Propriedade, dispõe a CRFB/88 que ele é inviolável¹³⁹ desde que atenda a sua função social¹⁴⁰. Sobre os contornos desta garantia, ensina José Afonso da Silva que

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62). É verdade que o art. 170 inscreve a *propriedade privada* e a sua *função social* como *princípios da ordem econômica* (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Se é assim, então, a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio. É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais porém, na extensão que o individualismo reconheceu.

Portanto, conforme o ensinamento supra, a atual ordem constitucional não admite que os valores econômicos (no caso, entendidos como os originados da proteção jurídica auferida à propriedade) prevaleçam sobre os valores sociais - ou pelo menos não deveriam prevalecer. Sobrepõem-se, assim, em última análise, os preceitos ligados à dignidade humana.

Na mesma linha de pensamento está a posição de Norberto Bobbio¹⁴¹, sobretudo em relação a sua posição quanto ao surgimento dos direitos do homem, nos seguintes termos:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do

¹³⁹ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Vide nota de rodapé nº 108.

¹⁴⁰ Disposição contida no incisos XXIII do art. 5º e III do art. 170, da Constituição Federal.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Campus: Rio de Janeiro, 1992, p 4.

ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais como súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.

Portanto, para Norberto Bobbio, é a partir da análise crítica da estrutura vertical da sociedade que se pode vislumbrar a existência de injustiças, devendo-se então mudar o prisma de análise, partindo da sua base orgânica, momento em que se poderá sustentar a prevalência dos direitos humanos sobre os interesses individualistas. Ou seja, em última instância, há a contraposição dos direitos humanos, incluído aqui a dignidade da pessoa humana, com os concernentes à propriedade.

Tomando-se por base os marcos teóricos de Norberto Bobbio - prevalência dos direitos humanos -, os de José Afonso da Silva - igualdade “na lei” - e de Celso Antônio Bandeira de Mello - hipóteses violadoras da isonomia -, analisar-se-á os fundamentos e as regras hodiernamente utilizados, seja por parte do legislador ou mesmo pelo intérprete da lei (Judiciário e doutrinadores), para se operar a diferenciação entre empregados comuns e empregados domésticos e entre esses e os diaristas domésticos.

3.4 Violação ao princípio da isonomia na diferenciação entre os empregados domésticos e empregados comuns

Em se tratando de regime jurídico laboral, os empregados comuns possuem a mais ampla proteção, sendo furtados direitos dos empregados domésticos em relação àqueles. E no terceiro degrau da escala comparativa feita nesta análise, num nível total de precariedade protetiva da relação de trabalho, estão os diaristas, aos quais nem mesmo se reconhece o vínculo de emprego.

Normas de exceção, no caso a que exclui os empregados domésticos do regime jurídico comum, intrigam os leitores mais atentos e indignam as camadas sociais

por ela afetadas. Sobre esse aspecto, Airton Pereira Pinto¹⁴², veicula lição importante na sua obra:

Na Constituição brasileira existem normas que à primeira vista não indicam que foi o mesmo legislador que utilizou sua pena para escrevê-las. Somente os legisladores que colocam a preocupação econômica acima da dignidade humana, valorando mais interesses individuais aos sociais, legislam criando exceções, dignas de crítica.

É neste sentido que afirma que a CRFB/88, assegurando direitos sociais, segurança, bem-estar, igualdade e justiça, expressou grande contradição ao contemplar o parágrafo único¹⁴³ do seu art. 7º, afrontando os ideais de justiça social, de igualdade e valorização da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 5.859/72, nos moldes como tem sido aplicada, por sua vez, não teria tratado o empregado doméstico de outra forma. Ela coaduna com o fim perseguido pelos empregadores: o menor custo do trabalho doméstico. Mas, mantendo-se neste raciocínio, olvida-se que os empregados domésticos não são, de maneira nenhuma, inferiores humanamente aos demais trabalhadores para que o direito não estabeleça uma igualdade de tratamento¹⁴⁴, conforme se demonstrará.

3.4.1 Regra 1: Singularização de um destinatário

A exceção perpetrada contra os empregados domésticos será perscrutada sob crivo das cinco regras elaboradas por Celso Antônio Bandeira de Mello. Conforme a primeira delas, há violação do preceito isonômico quando da singularização de indivíduo pela norma¹⁴⁵.

¹⁴² PINTO, Airton Pereira. Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal. São Paulo: LTr, 2006, p. 227.

¹⁴³ Esclarece-se que à época da publicação da obra na qual o professor Airton Pereira Pinto faz essa afirmação, o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal ainda não tinha sido alterado pela Emenda Constitucional nº 72/2013. Entretanto, a crítica continua válida, seja porque não houve o estabelecimento de um regramento igualitário entre empregados domésticos e empregados comuns, seja porque os diaristas ainda tem seus direitos ceifados por não estarem abrangidos pela proteção oriunda do vínculo de emprego, conforme se verá adiante..

¹⁴⁴ MARTINS, 2006, p. 229.

¹⁴⁵ I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. Vide seção 4.2 deste trabalho.

Nos termos enunciados por ela, afasta-se a violação do princípio da isonomia, porque, respectivamente, a norma extraída do parágrafo único do art. 7º da Constituição não singulariza um sujeito¹⁴⁶ de forma explícita, mas toda uma gigantesca classe.

3.4.2 Regra 2: Utilização de critério discriminador que não reside nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas

Quanto à segunda regra¹⁴⁷, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las”¹⁴⁸. Então, a razão justificante do *discrímen* deve existir nestes elementos. Exemplificando tal hipótese, seria incompatível com a igualdade a lei que realizasse diferenciação entre a atividade de empregado domésticos pelo local geográfico da sua realização (unidades diferentes da federação), o que não ocorre no presente caso. Com efeito, o *discrímen* reside nas situações (emprego doméstico *versus* comum)¹⁴⁹.

Conquanto se tenha afirmado que o *discrímen* se dá entre situações, aventa-se a hipótese de se querer justificar a desequiparação em razão das diferenças entre empregadores. Se o caminho percorrido é esse, então a regra em questão acaba por ser violada, porque a discrepância seria concernente a fator alheio à esfera de prestação de serviços. Criar um regime jurídico em benefício do polo mais forte da relação significa preterir o trabalhador, ou seja, inverter os valores protetivos do direito do trabalho, violando, além do princípio da isonomia, preceitos sociais constitucionais, com o que não se pode compactuar.

¹⁴⁶ A lei neste sentido é geral, porque apanha uma classe de indivíduos e abstrata, porque supõe situação reproduzível.. Mesmo não fazendo parte do objeto do trabalho, convém salientar que o jurista Celso de Mello, adota posição no sentido de que toda a regra abstrata é simultaneamente geral, dado que sempre apanha, conquanto às vezes, intemporalmente, uma categoria de pessoas, ao contrário do pensa Bobbio (MELLO, 2011).

¹⁴⁷ II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial. Vide seção 4.2 deste trabalho.

¹⁴⁸ MELLO, 2011, p. 30.

3.4.3 Regra 3: Congruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações

Relativamente à terceira regra¹⁵⁰, quer ela dizer que a juridicidade de uma norma diferenciadora é reconhecida quando há congruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações correspondentes. Ou seja, perante a regra estudada, deve-se analisar se os elementos diferenciadores e a disparidade de tratamento entre os empregados domésticos e os comuns possuem correlação lógica, sem o que tal regra seria “inválida perante a isonomia”¹⁵¹.

Para se poder operacionalizar a aplicação desta regra, deve-se investigar se aquilo que é escolhido como critério discriminatório¹⁵² possui uma justificativa racional em vista da diferenciação no tratamento jurídico. A discriminação não poderia ser gratuita ou fortuita, deve sim haver “adequação racional”¹⁵³.

Retomando o que já foi abordado em capítulos anteriores, as diferenças entre os empregados domésticos e os empregados comuns são: finalidade não-lucrativa (economia de consumo), apropriação dos serviços por pessoa física ou família, âmbito residencial e natureza contínua da prestação dos serviços. A questão é: somente por estes elementos diferenciadores haveria racionalidade para a restrição de direitos operada? Haveria nexó racional plausível para tal distinção?

Defende-se que os fatores de *discrímen* não possuem alinhamento com as situações desequiparadas, ou, como se queira, não possuem pertinência lógica, porque além dos critérios ordinários de caracterização do vínculo de emprego, o empregado

¹⁴⁹ Poder-se-ia, numa interpretação ampliativa do significado de “situação”, discutir sobre as diferenças entre os empregados domésticos e os comuns, entretanto essa celeuma será tratada, como se verá adiante, quando versarmos sobre o fator de *discrímen* erigido, se relevante ou não.

¹⁵⁰ III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. Vide seção 4.2 deste trabalho.

¹⁵¹ MELLO, 2011, p. 38.

¹⁵² Interessante destacar que o jurista em questão faz uma ressalva quanto à penetração de concepções de época (temporais) na correlação lógica. Afirma que “em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação”.

doméstico possui critérios conformadores especiais¹⁵⁴ que não desmerecem ou rebaixam as suas atividades, pela ótica objetiva, de maneira alguma. Em última análise, há contraprestação pelo tempo à disposição/mão de obra.

É impossível deixar de reconhecer que há uma diferença marcante na relação empregatícia doméstica: o empregador, como já ressaltado, e o âmbito de prestação de serviços (família ou pessoa física), os quais devem ser entendidos em conjunto. Diferentemente da relação de emprego usual, a qual possui o condão de lucro, o empregador doméstico está inserido na esfera do mercado de consumo, donde se depreenderia que possui menor força econômica.

Reafirma-se: também não se pode visualizar neste aspecto racionalidade que bastasse à operação da diferenciação. Com efeito, a situação analisada deve o ser do ponto de vista da atividade do empregado, e não de quem o contrata, esse deve assumir os encargos pela assunção da relação. Se assim não fosse, estar-se-ia violando a segunda regra elencada pelo professor Celso de Mello, porque a diferenciação não estaria resumida à situação concernente ao empregado doméstico, mas situação alheia. A força despendida continua ocorrendo de forma onerosa, sob subordinação e com pessoalidade.

No que tange à exigência de continuidade, segue a mesma sorte, por que o empregado doméstico necessitaria laborar de forma contínua para assim ser reconhecido se o empregado precisaria desenvolver somente uma relação não-eventual? Busca-se um fundamento para essa diferenciação, mas não se encontra. Ver-se-á, adiante, que tal distinção decorreu em razão da intenção de afastamento do enquadramento dos diaristas como empregados domésticos.

Assim, a conclusão é a de que o fator de *discrímen* erigido pela norma não se mostra relevante em relação à diferenciação operada, hostilizando, pois, o princípio isonômico.

¹⁵³ MELLO, 2011, p. 38-39.

¹⁵⁴ Expressão utilizada por Godinho, ver seção 2.

3.4.4 Regra 4: Pertinência constitucional

Além das três regras já vistas, relativas à singularização de um destinatário, utilização de fatos, situações ou pessoas que não possuem o critério discriminador e incongruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações, há a quarta regra¹⁵⁵. Segundo ela

não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um consequente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente¹⁵⁶.

Neste sentido, o critério especificador não pode estar em desconformidade ou contradição com os valores originados do sistema constitucional ou mesmo provenientes dos padrões ético-sociais abrangidos por este ordenamento. A desequiparação ofenderia a isonomia por adversar um valor protegido constitucionalmente ou por dar prestígio a valor relegado da carta maior¹⁵⁷.

Os valores contrapostos, sobre os quais se teve oportunidade de discorrer, são, de um lado, os direitos sociais¹⁵⁸ e, de outro, os direitos relacionados à propriedade.

Sobre os primeiros, ressaltam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵⁹

a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador

¹⁵⁵ IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. Vide seção 4.2 deste trabalho.

¹⁵⁶ MELLO, 2011, p. 42.

¹⁵⁷ MELLO, 2011, p. 42-43.

¹⁵⁸ Classificado como direitos de segunda dimensão, segundo Antônio Carlos Wolkmer (Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos Direitos Humanos. Revista de Direito do Cesusc. n. 1. jul/Dez 2006, p. 17).

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993, *apud* MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 195.

(exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Tratam-se, os direitos sociais, de normas de ordem pública, com a característica da imperatividade, e, portanto, invioláveis¹⁶⁰, calcados no princípio da igualdade¹⁶¹.

Em análise de fundo, pode-se correlacionar os direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho - fundamentos da República, nos termos do art. 1º da CRFB/88¹⁶²-, e, ainda, com a construção de uma sociedade livre justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos - objetivos fundamentais da República, conforme o art. 3º¹⁶³ da CRFB/88.

A Ordem Social é baseada no primado do trabalho e com o objetivo de garantir o bem-estar social e a justiça, o que está diretamente relacionado à qualidade de vida do trabalhador, no caso em comento.

E ainda assevera-se que mesmo a propriedade deve atender a sua função social (art. 170, inc. III¹⁶⁴, da CRFB/88). Assim, a Ordem Social, posta no polo contrário em relação à propriedade, para a Constituição da República sempre é elevada de forma prioritária em relação ao individual (donde se depreende “capital”).

¹⁶⁰ MORAES, 2009, p. 196.

¹⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos Direitos Humanos. Revista de Direito do Cesusc. n. 1. jul/Dez 2006, p. 16.

¹⁶² BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

¹⁶³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

(..)

Conforme a história demonstra, a conquista de direitos pelas partes mais enfraquecidas da sociedade não se deu da noite para o dia e sem que esforços, e mesmo sangue, tenham sido despendidos. É nestes termos que leciona Norberto Bobbio¹⁶⁵:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema - sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar o seu parecer - do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras da religião: as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos: a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

Destarte, pode-se entender - e é o que ora é defendido neste trabalho - que os direitos sociais, nas palavras da lição de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais, são objeto de conquistas históricas e, sobretudo, de luta de classes. Portanto, a equiparação jurídica dos empregado doméstico com os comuns é medida que se impõe.

É também sob este enfoque que Antônio Carlos Wolkmer¹⁶⁶ afirma que

nos marcos de um cenário globalizado, os direitos humanos em emergência materializam exigências reais da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.

Neste sentido, a diferenciação perpetrada a nível constitucional seria resquício de uma ordem discriminatória que não mais deve prevalecer por violação ao princípio da isonomia¹⁶⁷. O atual estágio do ordenamento constitucional não permite o sobrelevação dos direitos patrimoniais sobre os sociais.

¹⁶⁵ BOBBIO, 1992, p. 5-6.

¹⁶⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos Direitos Humanos. Revista de Direito do Cesusc. n. 1. jul/Dez 2006, p. 15.

¹⁶⁷ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que no ordenamento jurídico que adote uma constituição rígida, não se pode admitir que normas constitucionais sejam inconstitucionais (teoria da hierarquia entre normas constitucionais), entendemos que essa seja uma questão de evolução dos direitos sociais. Sobre a decisão que afastou a hipótese de inconstitucionalidade de uma norma constitucional ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, cuja notícia se encontra no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>, acessado em 7-5-2015.

Prova disso foi a promulgação da EC nº 72/2013, por meio da qual mais direitos foram reconhecidos aos empregados domésticos, diminuindo a diferenciação existente para com os empregados comuns.

O reconhecimento desta igualdade não é tarefa de fácil execução, mormente quando se trata de um direito que se gostaria de ter, para o qual, segundo Norberto Bobbio, deve alçar boas razões para a defesa da sua legitimidade e conseguir, com isso, convencer o maior número de pessoas possível, sobremaneira as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas¹⁶⁸, as quais, sabe-se, serão as mais afetadas por esta guinada social.

Poucas vezes na doutrina são encontradas as razões materiais (de justificação política e social) da diferenciação entre o trabalhador doméstico o empregado normal. Bayon Chacon e Perez Botija, citados por Octavio Bueno Magano¹⁶⁹ definem tal relação como:

[...] a relação quase familiar que se estabelece em alguns casos, a assistência e proteção que espontaneamente se outorga a essa classe de trabalhadores ou é por eles exigida, os salários em utilidades difíceis de serem avaliados, a concessão de fato de descansos e férias por vezes mais benéficos do que os atribuídos a outros trabalhadores, constituem, entre outros fatores de ordem técnica (dificuldades de inspeção, jurisdição, etc.), os fundamentos mais comuns para justificar a mesma exclusão.

Por sua vez, Felipe Calvet¹⁷⁰, quando versa sobre a evolução legislativa dos empregados domésticos, aduz que:

A justificativa trazida para a escassez de direitos era de que o trabalhador doméstico não trazia qualquer lucro direito ao seu empregador, ao contrário dos empregados no comércio e na indústria regulados pela CLT e os do campo, que produziam serviços e bens através dos quais os empregadores extraíam a mais-valia, explicitada por Karl Marx.

Não há olvidar que muitas vezes direitos básicos dos domésticos - que já são reduzidos em relação aos empregados comuns - são suprimidos; por vezes, em razão da intenção dos empregadores domésticos em locupletar-se da ignorância dos primeiros; por vezes em razão da ignorância comum (empregados e empregadores); por vezes em razão da grande proximidade do empregado doméstico do ambiente familiar ou residen-

¹⁶⁸ BOBBIO, 1992, p. 15.

¹⁶⁹ Bayon Chacon, G. e Perez Botija E. "Manual de derecho del trabajo", Madrid, Marcial Pons, 1967/8, Vol. II, p. 640 apud MAGANO, 1993, p. 112.

¹⁷⁰ CALVET, 2013, p. 88.

cial, até mesmo morando na mesma residência, o que acaba por resultar numa jornada de trabalho que compreende o dia inteiro. Tais situações podem ocasionar um período de vinte, trinta ou mais anos de supressão de direitos¹⁷¹.

De uma objetividade cristalina, versando sobre a recente alteração constitucional por meio da EC nº 72/2013, e no fundo, sobre a relação de poderes e a discriminação perpetradas face aos empregado domésticos, leciona Lênio Streck¹⁷² que o liberalismo manifestado pelas elites brasileiras sempre adotou posturas políticas retrógradas, como a de professar os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade olvidando totalmente da situação degradante dos escravos, na época do Império. E mais adiante afirma:

As conquistas revolucionárias do mundo europeu eram assimiladas somente para atender às necessidades de um seletivo grupo social que detinha o controle do aparelho estatal, ou seja, o estamento burocrático (no sentido de Faoro). Desse modo, nos momentos de defesa do “incontestável” direito universal à propriedade (afinal, escravo era coisa), os donos do poder não deixavam de citar os clássicos do liberalismo político para sustentar seus privilégios; no entanto, logo depois, faziam questão de ignorá-los completamente quando o tema era a situação dos habitantes da senzala¹⁷³.

Nesse tom, as vontades das camadas detentoras do poder não podem continuar sobrepujando direitos dos trabalhadores. Os ideais liberais de outrora não socorrem mais os burgueses. A humanidade já tomou consciência dos direitos que lhe são devidos, apesar de não serem reconhecidos.

3.4.5 Regra 5: Distinção expressa pela norma

Pela última regra, a interpretação da norma deve extrair distinções somente se isso ocorreu de forma expressa. Pois bem. Desafortunadamente, não se pode afirmar

¹⁷¹ Embora um longo interregno contratual seja estabelecido, somente os cinco últimos anos, contados do ajuizamento da ação poderão ser pleiteados em Juízo, respeitado prazo de dois anos do término do contrato de trabalho para a providência judicial, efeitos causados pelas prescrições quinquenal e bienal, previstas no art. 7º, inc. XXIV, da Constituição Federal.

¹⁷² STRECK, Lênio. *A PEC das Domésticas e a saudade dos “bons tempos”*. Coluna Senso Incomum do dia 11-4-2013. Sítio eletrônico Consultor Jurídico. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saudade-bons-tempos>>, acesso em 11-5-2015.

¹⁷³ Idem.

que o preceptivo excludente contido no art. 7º, parágrafo único, da CRFB/88 não tenha professado tal desequiparação. Com efeito, ele foi claro ao elencar os direitos garantidos aos empregados domésticos.

Contudo, entende-se que a distinção operada pelo parágrafo único do art. 7º da CRFB/88 viola o princípio da isonomia.

De lés a lés, quanto às outras violações, as quais eivam de vício a norma em questão, são duas as saídas desta situação de inferiorização dos empregados domésticos: convencer os detentores do poder legislativo ou os ocupantes do “monastério dos sábios” - nos termos dos ensinamentos de Luis Alberto Warat - a operar essa mudança ou exercer pressão para que isto ocorra, afinal - guardado o anacronismo da expressão usada por Sieyès - os trabalhadores são o Terceiro Estado, e o terceiro estado é senão o povo, sendo certo que todo poder dele emana (parágrafo único do art. 1º da CRFB/88¹⁷⁴).

3.5 Violação ao princípio da isonomia na diferenciação entre empregados domésticos e diaristas domésticos

Conforme já abordado na seção dois deste trabalho, os empregados domésticos seriam os caracterizados pela prestação de serviços de natureza contínua, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.589/72, enquanto aos diaristas faltaria a subordinação¹⁷⁵ ou continuidade¹⁷⁶.

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷⁵ Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, ver subseção 3.3 deste trabalho.

¹⁷⁶ Conforme expostos também no subitem 3.3, Godinho aponta como uma das diferenças entre o empregado doméstico e o diarista, a eventualidade da prestação de serviços por este último.

Para explicar o equívoco de interpretação aferida à regra contida no dispositivo acima, recorrer-se-á ao método elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello, minuciosamente exposto na subseção 4.2 deste trabalho.

Neste fase não serão novamente expostas todas as regras, mas apontadas tão somente as que corroboram a tese ora defendida, qual seja, a de que, na maioria dos casos em que se nega o reconhecimento de vínculo de emprego aos diaristas, está-se operando um *discrímen injusto*¹⁷⁷.

Discutir-se-ão os seguintes binômios que geram a controvérsia: continuidade\eventualidade, autonomia\subordinação, exclusividade\não-exclusividade.

3.5.1 A continuidade X diarista doméstico: uma relação não tão aparente

A continuidade exigida pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72, conforme exposto na subseção 3.2 possui diversas interpretações, podendo – exemplificativamente - ser caracterizada pela prestação de serviços por uma vez durante a semana¹⁷⁸ ou exigindo no mínimo quatro oportunidades semanais¹⁷⁹ ou mesmo sendo caracterizada pela periodicidade¹⁸⁰.

De plano, ressalta-se que o antigo critério adotado pela Lei dos Empregados Domésticos era somente o da continuidade na prestação dos serviços, não havendo nenhum elemento objetivo expresso na regra que denota que significa este termo. Em assim sendo, não poderia o julgador pautar sua decisão em critérios que na lei não existiam, nos termos lecionados pelo próprio professor Celso Antônio Bandeira de Mello. De outra banda, os julgados que tem-se analisado adotam o número de dias laborados na

¹⁷⁷ No sentido que Celso de Mello atribui à expressão, conforme visto no subseção 4.1 deste trabalho.

¹⁷⁸ Conforme defendido por Lidia Matico Nagawa, cuja posição já foi destacada no item 3.3 deste trabalho.

¹⁷⁹ Nos termos do julgamento do recurso de revista nº 101200-63.2009.5.05.0101, destacado na subseção 3.4 deste trabalho.

¹⁸⁰ Conforme decidiu no Processo RO 0128900-39.2003.5.04.0008, Data: 17/03/2005, Órgão julgador: 1a. Turma, Redator: José Felipe Ledur. Vide subseção 3.2 deste trabalho.

semana – um critério objetivo, frise-se - para verificar a configuração ou não da vinculação empregatícia.

Esta conformação dos fatos à norma somente poderia ser aplicada a partir da promulgação da Lei Complementar nº 150/2015, a qual dispõe que três ou mais dias na semana configuram a relação de emprego doméstico. Metodologia similar é adotada no ordenamento jurídico argentino, no qual a hipótese é regida pelo Decreto-Lei nº 326 de 1956, que no seu art. 1º dispõe que estão excluídos da classe de empregados domésticos quem “[...]preste os seus serviços por tempo inferior a um mês, trabalhe menos de quatro horas por dia ou por menos de quatro dias na semana para o mesmo empregador”¹⁸¹.

A regras em comento fixam, de forma expressa e objetiva, parâmetros cronológicos. Ocorre que enquanto as normas do ordenamento pátrio não dispunham de tais balizas temporais, a realização da subsunção a elementos – verdadeiros requisitos - que na lei não constavam, sonegando direitos, viola o princípio da igualdade. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸²:

Não se podem interpretar como *desigualdades legalmente* certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido *como desequilibrador*. Isto é, circunstâncias *ocasionais* que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar.

Então, se a lei propõe distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenças se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.

(...) Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequilíbrio querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação da harmonia das leis.

Na Lei Complementar nº 150/2015 e no Decreto-Lei nº 326/56, da pátria vizinha, há, expressamente, elementos objetivos descaracterizadores do emprego domésti-

¹⁸¹ Tradução livre. **Artículo 1º.** El presente decreto ley regirá en todo el territorio de la Nación las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos presten dentro de la vida doméstica y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico, no siendo tampoco de aplicación para quienes presten sus servicios por tiempo inferior a un mes, trabajen menos de cuatro horas por día o lo hagan por menos de cuatro días a la semana para el mismo empleador. Disponível em <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61806/norma.htm>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

¹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.45-46.

co, enquanto na norma nacional antiga (Lei nº 5.859/72) tais fatores não existiam. Com efeito, a sua criação extrapolava o texto da lei, violando o princípio da igualdade.

Não se quer defender que os serviços prestados de forma eventual devam acarretar o reconhecimento do vínculo com o tomador, mas sim que essa consequência deve ocorrer quando haja periodicidade da relação, como ocorre com o diarista que comparece uma vez por semana para a realização de tarefas domésticas. Tal frequência, num lapso temporal relativamente longo denota a continuidade exigida pela lei.

Com efeito, exemplificativamente, um ano possui, aproximadamente, 54 semanas, e, comparecendo o trabalhador à residência em uma vez a cada semana, haverá nesta relação certa periodicidade, continuidade, ou sucessividade, como se queira. Quanto mais se aumentar o lapso temporal da relação, mais ficará evidente que o diarista ativava de forma contínua¹⁸³. A periodicidade denota previsibilidade desta relação, característica que se contrapõe à eventualidade. Dessarte, cai por terra o argumento de que o diarista periódico seria eventual.

De mais a mais, impõe-se fazer uma crítica ao legislador. Ao definir a figura do empregado doméstico, utilizou termo ambíguo (“contínuo”), o que ora gera a celeuma em questão. No sentido atribuído por Tercio Sampaio Ferras Jr¹⁸⁴:

um símbolo é *ambíguo* quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente *intensão* (com s não com ç), isto é, manifestando qualidades diversas; por exemplo, na prescrição: ‘seduzir mulher honesta, pena de x’, a palavra *honesto* tem um sentido indefinido, pois *conota* várias significações; quando lhe definimos o sentido, e delimitamos a sua intensão, temos uma definição *conotativa* ou pela *intensão*; por exemplo ‘entende-se por honesta a mulher que manifesta no comportamento as seguintes qualidades...’

Desta forma, a variabilidade do conteúdo das decisões judiciais é originada na utilização de um termo ambíguo pela própria lei.

Mostra-se também totalmente descabida a utilização do direito comparado para sanar a falta de critérios da legislação, como defende Alice Monteiro de Barros¹⁸⁵,

¹⁸³ Quanto a este método de análise, remetemos o leitor para os ensinamentos de Slavoj Žižek, quando versa sobre a visão em paralaxe. Esse método aparentemente deslocaria o objeto em análise em razão do deslocamento do observador (ver entrevista disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=c2IL96-ixC0>>, acesso em 9-8-2015. O objeto por nós estudado é a prestação periódica de serviços pelo diarista, a qual em uma semana denotaria eventualidade, mas se vista no decorrer de um ano (aí o deslocamento do observador), comprovaria a continuidade havida.

ainda mais em se tratando de malefício para a categoria dos diaristas domésticos. O Direito do Trabalho é voltado à proteção dos trabalhadores.

3.5.2 Limpa a minha casa e faz a minha comida e não é subordinado?

A respeito da existência ou não de subordinação, entende-se não haver muita dúvida, porque sendo os serviços prestados no âmbito familiar - que já transparece a alta fidúcia envolvida - a execução das atividades (idênticas às realizadas pelos empregados domésticos) é sob as instruções do tomador dos serviços.

A controvérsia que existe se dá pela classificação do diarista como um trabalhador autônomo e, para essa espécie de trabalhador não existiria subordinação¹⁸⁶. Porém um diarista, assim como um empregado doméstico, não se confunde com um encanador, por exemplo. Contrata-se esse último para resolver um problema fora da alçada técnica do tomador dos serviços. Quanto ao diarista, o tomador dos serviços determina – ou tem essa possibilidade – como e quando os serviços serão prestados, exprimindo, assim, subordinação.

Em suma, somente se pode entender que o diarista é tão subordinado quanto o empregado doméstico.

3.5.3 Exclusividade: um subterfúgio para o não reconhecimento do vínculo empregatício

Sobre a exigência de exclusividade ou não na prestação dos serviços, seguindo a mesma sorte dos critérios objetivos adotados pelos precedentes judiciais, tam-

¹⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 258-259.

¹⁸⁵ BARROS, 2009, p. 352.

¹⁸⁶ Conforme lição de Octavio Bueno Magano, já destacada na subseção 3.1 deste trabalho.

bém não existe na Lei dos Empregados Domésticos tal aspecto, motivo pelo qual, tem-se que o seu emprego para descaracterizar a relação de emprego dos diaristas com os tomadores de serviços vilipendia o princípio da isonomia¹⁸⁷.

3.5.4 Distinção entre diaristas domésticos e empregados domésticos: uma violação a preceitos constitucionais

Por fim, corroborando a necessidade de equiparação entre diaristas e empregados domésticos, cita-se toda a fundamentação concernente aos direitos humanos e sociais expendida na subseção 4.4.4, onde foi defendida a equiparação dos empregados domésticos com os empregados comuns, a qual pode ser, na sua totalidade, aplicada à presente questão.

Dessarte, a CRFB/88, primando pelos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, objetiva a construção de uma sociedade calcada nos valores sociais, sendo evidente, por isso, que a distinção ora em comento não deve mais persistir. A atual ordem social não mais permite que valores relativos ao capital sobreponham-se sobre os direitos humanos e sociais, embora na prática se constate essa ocorrência.

Enfim, a discriminação entre empregados domésticos e diaristas também não está em consonância com os interesses protegidos pela CRFB/88.

O problema se mostra maior do que se imagina, porque atualmente vive-se “tempos estranhos”¹⁸⁸, seja porque sindicalistas são barrados ao entrar na Câmara dos Deputados, ou porque tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 4330/2004, o qual visa a

¹⁸⁷ Alice Monteiro de Barros, quando versa sobre a não-eventualidade para a caracterização o vínculo de emprego, afirma que esse pressuposto “diverge da exclusividade, a qual é dispensável no Direito do Trabalho (BARROS, 2009, p. 266). Assim, se a exclusividade não é necessária para a formação do vínculo de emprego comum, não pode ser exigida para o empregado doméstico, se assim a lei não expressamente dispôs.

¹⁸⁸ Alusão à fala do presidente do STF, Marco Aurélio Mello, ao falar sobre a liminar deferida em razão da proibição de entrada de sindicalistas na Câmara dos Deputados, justamente quando se discutia a lei que permite a terceirização de atividade-fim. Notícia disponível em <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/04/30/cunha-quer-cut-na-votacao-do-ajuste-de-dilma/>>, acesso em 9-8-2015.

permitir a terceirização de atividades-fim, entre outras medidas visando à redução de direitos das classes menos favorecidas.

Toma-se o exemplo da possibilidade da terceirização das atividades-fim para externar a presente preocupação. Mesmo sendo desencorajada pelo Presidente do TST, ministro Barros Levenhagen e tantas outras autoridades e pensadores do direito, houve sua aprovação pela Câmara dos Deputados.

A institucionalização da possibilidade de terceirização é resultado de jogos políticos e de trocas de favores, e, sem dúvidas, um retrocesso cruel para toda a sociedade. Diante destes fatos é que se passa-se a compreender substancialmente as falas de Norberto Bobbio quando assere “que o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los¹⁸⁹”. É a atuação dos fatores de poder provenientes do capital.

É exatamente em razão da proteção dos interesses de uma minoria (elite) que existem discrimens institucionalizados, como o ora apresentado.

Conclui-se que a lei não almejou desigualar essas categorias de indivíduos. E, não sendo professada de modo inequívoco tal diferenciação pelo diploma legal, tem-se por intolerável e inconstitucional, além de estar calcada em premissas jurídicas vacilantes.

Entende-se que a discriminação havida entre os diaristas e os empregados domésticos, a exemplo da realizada entre os empregados domésticos e os comuns, também afronta o princípio isonômico.

Salienta-se, por fim, que além dos preceitos constitucionais violados, configura-se como burla à legislação trabalhista, porque há sonegação de direitos trabalhistas, nos termos do art. 9º da CLT¹⁹⁰.

¹⁸⁹ BOBBIO, 1992, p. 25.

¹⁹⁰ BRASIL. ¹⁹⁰ BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 72 de 2013 expandiu a gama de direitos dos empregados domésticos, indiscutivelmente um avanço para esta classe, mas não o que o Estado Social de Direito poderia/deveria proporcionar.

No presente trabalho se buscou perquirir sobre o atual patamar normativo da classe dos trabalhadores domésticos (empregados e diaristas) em contraposição ao regime jurídico dos empregados comuns.

Delimitando a metodologia de pesquisa, o princípio da isonomia foi eleito como o paradigma desta comparação. A partir da sua aplicação se intentou verificar a possibilidade de enquadramento dos diaristas e empregados domésticos como empregados comuns, o que acarretaria o reconhecimento de direitos idênticos. Salienta-se que a questão dos ônus que caberiam aos empregadores domésticos e contratantes dos diaristas foi preterida nesta análise em razão das limitações do trabalho monográfico.

Pelo fato de o objeto de estudo ser dúplice (empregados domésticos e diaristas), a conclusão também será segmentada desta maneira. Foi a partir da definição dos três tipos de trabalhadores estudados e das características de cada tipo de atividade que o princípio isonômico foi aplicado.

É unânime que o empregado comum é caracterizado como aquele que presta serviços com pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade. O empregado doméstico, por sua vez, seria aquele que, também com pessoalidade, subordinação e onerosidade, presta serviços de natureza contínua à pessoa física ou família e em ambiente familiar.

Muito se discutiu a respeito do que seria "trabalho contínuo", sendo considerado pela maior parte da doutrina como aquele prestado por mais de duas vezes na semana. Para efeitos conclusivos, esse será o parâmetro adotado como paradigma. Relativamente ao diarista, a corrente majoritária tanto na doutrina quanto jurisprudência é de que se trata de trabalhador autônomo. Os fundamentos mais recorrentes para que não

se reconheça o vínculo empregatício como doméstico são: falta de subordinação, multiplicidade de empregadores e não-continuidade da relação.

Operacionalizando-se o estudo, as características do empregado comum foram estudadas num primeiro momento, sendo as dos domésticos e diaristas analisadas em sequência. Na última parte houve a racionalização das diferentes características com as diferenciações operadas, tendo-se em vista uma possível violação ao princípio da isonomia.

As situações diferenciadas foram submetidas às cinco regras apresentadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”.

Em relação aos empregados domésticos, chegou-se a uma conclusão primária de que poderia haver violação ao princípio em questão se a diferenciação frente aos empregados comuns for fundamentada na diferença de empregadores (necessariamente pessoas físicas no primeiro caso e, geralmente, pessoas jurídicas para os últimos). Por mais que os empregadores domésticos tenham menos meios de controle sobre os empregados, tal discrimen não residiria nos elementos centrais da relação, ou seja, as atividades realizadas e as características dos próprios trabalhadores.

A segunda conclusão foi extraída da aplicação da regra que diz que somente seria justificável uma distinção quando houvesse congruência\correlação lógica entre os elementos diferenciados. No caso dos empregados domésticos, os elementos diferenciadores são: finalidade não lucrativa da atividade (economia de consumo), ambiente familiar (prestação à pessoa física) e relação de natureza contínua.

Com efeito, viu-se que o fato de o empregador ser pessoa física e, via de consequência, o ambiente de trabalho ser familiar e sem finalidade lucrativa, não seria elemento apto a justificar essa distinção. O Direito do Trabalho possui o fim de proteger o empregado, a parte hipossuficiente da relação, e não o contrário. Em última análise, o empregado doméstico propiciaria ao seu empregador a possibilidade de ativar no mercado de trabalho, viabilizando, ainda que de forma indireta, o lucro.

Ainda sob o prisma da regra em questão, quanto à exigência da continuidade na prestação dos serviços, não se vislumbra motivo para que a lei previsse tal exigência

(critério teleológico). O *discrímen*, para ser justificado, precisa de uma fundamentação sólida. Assim, o requisito da não-eventualidade também deveria ser utilizado para o empregado doméstico. A continuidade é defendida tão somente porque é prevista em lei, mas, como visto, há leis que não podem ser tidas como justas.

Por fim, a última conclusão referente à contraposição entre o empregado doméstico e o empregado comum foi extraída da regra que afirma que a desequiparação somente seria justificada se fosse constitucionalmente pertinente. Partindo-se das bases teóricas lançadas por Norberto Bobbio, José Afonso da Silva, Vital Moreira, José Joaquim Gomes Canotilho, Airton Pereira Pinto e Antônio Carlos Wolkmer, entendeu-se que os Direitos sociais são normas de ordem pública, sendo imperativas, tendo por fundamentação o próprio princípio da isonomia e o da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a ordem social constitucionalizada - baseada no primado do trabalho e da justiça social - comportaria a contraposição entre direitos de propriedade e direitos sociais, mas prevalecendo esta última categoria. Ainda que assim não fosse, mesmo a propriedade (no fundo, a influência do capital) deveria atender a sua função social. O fato de o empregado doméstico não gerar mais-valia não pode ser usado como justificativa desta sonegação de direitos.

Destarte, na primeira parte do trabalho, concluiu-se pela possibilidade de existência de violação ao princípio da isonomia, tal como poucas vozes na doutrina e no judiciário ousam defender.

Na segunda parte do trabalho as mesmas regras para verificação da ocorrência de desobediência ao preceito isonômico foram aplicadas na análise da diferenciação entre os empregados domésticos e os diaristas.

Frisa-se que os diaristas abordados pelo presente estudo seriam aqueles que laboram semanalmente em determinadas residências. Isso agregaria previsibilidade na relação havida entre os contratantes. Não se quer abordar os casos de prestação eminentemente eventual de serviços.

Usualmente se utilizam os seguintes binômios como fundamento para o não reconhecimento dos diaristas como empregados domésticos: continuidade\eventualidade, autonomia\subordinação e exclusividade\não-exclusividade.

Relativamente à subordinação, entende-se ser de extrema dificuldade a sua inexistência quando há uma relação prolongada no tempo entre o diarista e o seu contratante. Até mesmo porque os serviços são prestados dentro da residência desse. A atividade, na prática, é idêntica a do empregado doméstico, sendo realizada mediante as diretrizes previamente estabelecidas pelo contratante.

Não se pode confundir a inexistência da possibilidade da aplicação de punições aos diaristas estritamente como a única forma de subordinação. O prisma a ser analisado deve ser o do exercício do poder diretivo do contratante. A hipótese não é a mesma da contratação de um encanador ou um eletricista, por exemplo, trabalhadores autônomos por excelência. Nestes casos, os serviços são executados de acordo com o *modus operandi* do contratado, sem ingerência do contratante, até mesmo porque refoge ao seu campo de conhecimento. Portanto, tem-se que, regra geral, os diaristas regulares (ou periódicos) laborariam sob subordinação.

Quanto à exclusividade de empregador, defendida por uma minoria de vozes, trata-se de critério não exigido expressamente pela lei, ou seja, a distinção tão somente por este aspecto acarretaria violação ao princípio da isonomia. Se a lei não exige que haja vinculação exclusiva a um único empregador, a regra geral deveria aqui também ser aplicada.

Concernentemente à possibilidade de preceitos constitucionais serem violados na desequiparação em comento, os mesmos fundamentos relativos à diferenciação entre empregados domésticos e comuns podem ser utilizados, tudo tendo em vista que se está a falar de direitos sociais.

Ainda, o requisito da continuidade, previsto no art. 1º da Lei dos Empregados Domésticos, poderia ser tido como um conceito ambíguo, tanto o é que permitiu a construção de várias interpretações a seu respeito, sendo a maioria delas baseadas na criação de um critério objetivo (dias laborados na semana). Entretanto se a própria lei em questão não fixou um critério objetivo, não seria cabido ao julgador fazê-lo, sobretudo em prejuízo dos trabalhadores. Chega-se mais uma vez à conclusão que afirma a plausibilidade de violação do preceito da isonomia em razão da fixação de parâmetros não existentes na lei.

É cristalina a intenção de não se querer estabelecer a relação de emprego com diaristas, tudo pelos encargos que isso geraria, motivo pelo qual, inclusive, se pode aventar a hipótese de violação dos preceitos extraídos do art. 9º da CLT, ou seja, fraude à legislação trabalhista.

Outrossim, no decorrer deste trabalho foi promulgada a Lei Complementar nº 150\2015, cujo art. 1º dispõe que configura o emprego doméstico a prestação de serviços de “forma contínua, subordinada, onerosa, pessoal e de finalidade não lucrativa, à pessoa ou família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias na semana”.

Agora, vislumbra-se um critério objetivo explicitado em lei - 3 ou mais dias na semana. A referência à antiga lei foi mantida em razão de que a alteração é extremamente recente e, mesmo para que se tenha a completa intelecção da crítica feita. Ademais, os demais fundamentos pelos quais se aponta o possível desrespeito ao princípio da isonomia permanecem incólumes.

Mesmo após esse novo texto normativo, ainda assim há argumentos para que se defenda o enquadramento dos diaristas regulares ou periódicos como empregados domésticos. Não se pode ter por dogma que a lei, somente por ser lei, exprime o mais polido ideal de justiça. Os direitos são reconhecidos de forma paulatina, donde se depreende que não necessariamente se tenha chegado no estágio final deste processo.

Por trás de um diploma legislativo há interesses sendo defendidos, representados pelos fatores reais de poder. No caso em questão, vislumbra-se ainda a existência de um caráter elitista e discriminatório no texto legal vigente.

Enfim, após a digressão feita, conclui-se que existem argumentos relevantes baseados no princípio da isonomia para a defesa do enquadramento dos diaristas periódicos e dos empregados domésticos na classe dos empregados comuns. Os direitos trabalhistas são conquistas sociais alcançadas pelos esforços das classes menos favorecidas sobre quem tem o poder legiferante em mãos, motivo pelo qual quanto maior for a pressão feita, mais direitos serão reconhecidos, diminuindo essa discriminação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Diarista: um empregado em busca de vínculo*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba; Juruá, 2013.

ARGENTINA. Decreto-Lei nº 326 de 1956. *Dispõe sobre os benefícios, direitos e obrigações dos empregados domésticos*¹⁹¹. Disponível em <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61806/norma.htm>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Campus: Rio de Janeiro, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14-5-2015.

_____. Lei nº 12.551 de 2011. *Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

_____. Lei nº 10.406 de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

¹⁹¹ Tradução livre: *Benefícios, obligaciones y derechos para el personal que presta servicios en casa de familia*.

_____. Lei nº 5.859 de 1972. *Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

_____. Lei nº 12.964 de 2014. *Altera a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, para dispor sobre multa por infração à legislação do trabalho doméstico, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12964.htm)

2014/2014/Lei/L12964.htm>. Acesso em 4 de abril de 2015.

_____. Decreto-Lei nº 5.542 de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 27 de março de 2015.

_____. Proposta de Emenda à Constituição 66 de 2012. *Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais*.

Disponível em

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=109761>.

Acesso em 4 de abril de 2015.

_____. Projeto de Lei nº 224 de 2013. *Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e dá outras providências*. Disponível em

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113104>.

Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. Projeto de Lei 4.418 de 2008. *Altera e acresce dispositivos à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>>

. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. Projeto de Lei 4.330 de 2004. *Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho delas decorrentes*. Disponível em

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>

. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>, acesso em 20-5-2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 815*. Relator Ministro Moreira Alves, Pleno, julgamento em 28-3-1996.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmula nº 363 do TST. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS*. Fonte: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>, acesso em 12-5-2015.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso de revista nº 2300-89.2002.5.01.0040*. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.ª Turma, DEJT 18/6/2010.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso de revista nº 149500-77.2004.5.01.0025*. Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2.ª Turma, DEJT 8/10/2010.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso de revista nº 101200-63.2009.5.05.0101*. Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 07/03/2014.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso de revista nº 1557-15.2011.5.02.0015*. Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, 2ª Turma, DEJT 31/03/2015.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso de revista nº 1132-47.2011.5.01.0069*. Data de Julgamento: 22-04-2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DETJ 24-4-2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. *Recurso Ordinário n.º 0128900-39.2003.5.04.0008*. Data: 17/03/2005, Órgão julgador: 1ª Turma, Relator: José Felipe Ledur.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. *Recurso Ordinário n.º 0001801-55.2013.5.12.0027*. Secretaria da 3ª Turma, TRT12, Lília Leonor Abreu, publicado no TRTSC/DOE em 03/06/2014.

CALVET, Felipe. *A evolução da legislação do trabalhador doméstico*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba; Juruá, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11.ed. São Paulo: Ltr, 2012.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Estudos e pesquisas, o emprego doméstico no Brasil*. Disponível em <<http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>>. Acesso em 7-5-2015

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: a formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. 52. ed. São Paulo: Global, 2013.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boateux, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Trabalho doméstico: teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba: Juruá, 2013.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Atlas: São Paulo, 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3. ed. Liber Juris; Rio de Janeiro, 1988.

MAGANO, Octaviano Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. Vol. II.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Peruanas mantidas em cada de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas*. Disponível em <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-alto-padrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>>. Acesso em 5 de abril de 2015.

MONTICELLI, Thays Almeida e TAMANINI, Marlene. *Trabalho autônomo e autonomia trabalhista: as práticas de trabalho das diaristas e suas reconfigurações no trabalho doméstico*. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (org.). *Trabalho doméstico. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72, de 2013*. Curitiba; Juruá, 2013

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NAKAGAWA, Lidia Matico; LIMA, Neusa Maria Corona; MARUNO, Neusa. *Conheça tudo sobre empregado doméstico*. 7. ed. LTr: São Paulo, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Ltr, 1989.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Entra em vigor a Convenção sobre o trabalho doméstico da OIT*. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/content/entra-em-vigor-convencao-sobre-trabalho-domestico-da-oit>>. Acesso em 4-4-2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PINTO, Airton Pereira. *Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2006.

PLÁ, Rodrigues Américo. *Princípios do direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. 4. ed. São Paulo: LTr, p. 140-141.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Traduzido por Norma Azeredo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

STRECK, Lênio. *A PEC das Domésticas e a saudade dos “bons tempos”*. Coluna Senso Incomum do dia 11-4-2013. (sine loco) Sítio eletrônico Consultor Jurídico. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saudade-bons-tempos>>, acesso em 11-5-2015.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 13-5-2015.

VALOR ECONÔMICO. *Senado aprova PEC das domésticas, com INSS de 8% e 3,2% para demissão*. Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/4038590/senado-aprova-pec-das-domesticas-com-inss-de-8-e-32-para-demissao>>. Acesso em 7-5-2015.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WARAT, Luiz Alberto. *O monastério dos sábios: sentido comum teórico dos juristas*. In: *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, v. 2, p. 57-99.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Revista de Direito do Cesusc. n. 1. jul/Dez 2006.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Fevereiro de 2009. Entrevista concedida ao Programa Roda Viva. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=c2lL96-ixC0>. Acesso em 9 de agosto de 2015.